Die elterliche Gewalt der Mutter.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Hans Dormann

Referendar.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556025_0004

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Geschichte der mütterlichen Gewalt 4

§ 2. Allgemeines über die elterliche Gewalt 12

I. Die Gewaltstellung der Mutter neben dem Vater während bestehender Ehe.

§ 3. Hat die Mutter nach § 1634 elterliche Gewalt? . . 19

§ 4. Die Gewalt der Mutter nach § 1634 24

§ 5. Das Recht der Mutter auf Verkehr mit ihren Kindern 39

II. § 6. Die Stellung der Mutter nach § 1685 46

III. Die elterliche Gewalt der Mutter nach § 1684 51

§ 8. Der Beistand 61

§ 9. Die Mutter nach Scheidung 65

§ 10. Einzelfälle 74

Literaturverzeichnis.

André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder 1905.

Blume, Kommentar zum Familienrecht. 1906.

Blume in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 72 S. 95 ff.

Buchka, Vergleichende Darstellung des gemeinen Rechts und des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Bulling, Die deutsche Frau und das Bürgerliche Gesetzbuch. 1896.

Cohen in der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 183 f.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 4. 1908.

Crome im Recht 1909 S. 44 ff.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1901.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 3. Aufl. 1884.

Dernburg, Lehrbuch des Familienrechts. 4. Aufl. 1908.

Eck, Vorträge. Herausgegeben von R. Leonhard, 1./2. Aufl. 1904.

Endemann, Lehrbuch des Familienrechts. 8./9. Aufl. 1908.

Engelmann im Recht 1909 S. 563 ff.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1897.

Fränkel, Das Familienrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Frese im Recht 1907 S. 547 ff.

Friedmann-Braun in der Deutschen Juristenzeitung 1911 S. 1121 ff.

Fuld, Gutachten aus dem Anwaltsstand Bd. 1 S. 419 ff.

Fuld in Gruchot Bd. 38 S. 646 ff.

Gimmerthal im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 104 S. 388 ff.

Gimmerthal im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 29 S. 267 ff.

Hedemann, §§ 1684—1685 BGB. Rostocker Diss. 1905.

Heinrici in der Deutschen Juristenzeitung 1906 S. 1086 ff.
Hettmann im Recht 1905 S. 41.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1886.
Hörle im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 S. 113 ff.
Jastrow, Das Recht der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897.
Josef in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 35 S. 530 ff.
Josef in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 74 S. 121 ff.
Josef im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 97 S. 108 ff.
Kipp u. **Wolff,** Lehrbuch des Familienrechts. 1./2. Aufl. 1912.
Klöppel, Gutachten aus dem Anwaltsstand. Bd. 2 S. 1890.
Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
Kuttner in Jherings Jahrbüchern Bd. 47 S. 1 ff.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert. 1900.
Lehmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 142 ff.
Lizius, Kinder aus geschiedenen Ehen. Würzburger Diss. 1908.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1900.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. 1909.
Nußbaum in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 29 S. 440 ff.
Opet, Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4. 3. Aufl. 1906.
Pogge in der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 710.
Roth, System des deutschen Privatrechts. 1886.
Rothe, Die elterliche Gewalt der Mutter. Erlanger Diss. 1905.
Salinger im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 2 S. 99 ff.
Samter in der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 1018 ff.
Schäfer im Recht 1903 S. 302 ff.
Schmidt-Bardeleben im Recht 1906 S. 994 ff.

Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte. 5. Aufl. 1907.

Sieveking im Recht 1906 S. 107 ff.

Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4. 5./6. Aufl. 1910.

Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1912.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1900.

Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages. 1888.

Wetzel im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 S. 54 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. 1895.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1890.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt in den §§ 1626 ff die elterliche Gewalt. Es kennt eine elterliche Gewalt des Vaters (§§ 1627—1683) und eine elterliche Gewalt der Mutter (§§ 1684—1698). Die verschiedene Behandlung der elterlichen Gewalt, je nachdem sie dem Vater oder der Mutter zusteht, ist eine Durchbrechung des Grundsatzes von der Gleichstellung der Geschlechter, der unausgesprochen im Bürgerlichen Gesetzbuch steht. Diese Ausnahme von der Regel rechtfertigt sich aber durch die Natur des Familienrechts: auf der Ungleichheit von Mann und Frau beruht die Familie. Nur die Rechte und Pflichten, zu deren Wahrnehmung die natürliche Veranlagung befähigt, kann das Gesetz von dem Menschen verlangen. Daß in dieser Beziehung Mann und Frau nicht gleichgestellt werden können, liegt auf der Hand, deshalb muß eine jede Gesetzgebung, die das Familienleben regelt, auf die von der Natur gegebene Verschiedenheit Rücksicht nehmen. Eine vollkommene rechtliche Gleichstellung der Geschlechter im Gebiete des Familienrechts, wie sie von der modernen Frauen-

bewegung angestrebt wird, ist daher undenkbar, man müßte denn die bestehende Weltordnung umstoßen, die in allen das Familienleben betreffenden Angelegenheiten dem Manne die Entscheidung gibt. Daß die Frau tatsächlich schon heute in manchen Angelegenheiten ausschlaggebende Persönlichkeit ist und sogar in vielen Familien allein zu einer Gewaltausübung befähigt ist, darf für den Gesetzgeber kein Anlaß sein, einer jeden Frau die weitgehenden Befugnisse zu geben, die einige ihrer Geschlechtsgenossinnen ihren Fähigkeiten nach verdienen. Denn die Gesetzgebung richtet sich an das ganze Volk und kann keine Ausnahmen für einzelne machen. Sie ist in gewissem Sinne nivellierend, indem sie eine Mittelklasse zwischen unbefähigten und außerordentlich befähigten auswählen muß. Nur der Umfang der Rechte und Pflichten, die diesem Mitteltypus anvertraut werden können, ist durch das Gesetz zu regeln. Die daraus für die höher stehenden Frauen naturgemäß entstehenden Härten sind nicht zu vermeiden. Die Minorität muß sich auch hier wie immer vor der Majorität beugen. Freilich ist die Auffindung eines Mitteltypus, dessen Fähigkeiten man der Zuteilung von Aufgaben zugrunde legen will, bei der äußerst verschiedenen Veranlagung der Frauen sehr schwierig. Daß es dem Gesetzgeber in allen Punkten gelungen ist, die mittelmäßig begabte Frau richtig zu beurteilen, muß bestritten werden. Noch gar zu oft haben altüberkommene Anschauungen von der Unfähigkeit der Frau

den Scharfblick getrübt[1]): Man denke an die zurücksetzende Behandlung der unehelichen Mutter. Aber im großen und ganzen ist die Rechtsstellung, die das Bürgerliche Gesetzbuch der Mutter gegeben hat, eine befriedigende und wird dem Wesen der Frau gerecht Ihre Lage kann und muß in einzelnen Punkten besser werden. Dazu wird die Zeit drängen. Das außerordentlich schnelle Eindringen der Frau in viele seit Menschengedenken dem Mann vorbehaltene Geschäftskreise zeigt, daß dem Mann in der Frau eine vielfach ebenbürtige, in mancher Beziehung — ganz besonders im Familienleben — sogar eine überlegene Gegnerin gegenübersteht. Dem wird sich auch die Rechtsordnung nicht verschließen können.

Die gegebenen Ausführungen sollen zeigen, wie schwankend der Boden ist, auf dem sich der Gesetzgeber bewegt, und daß es unmöglich ist, allen Frauen gerecht zu werden. Diese Schwierigkeiten mögen auch zur milderen Beurteilung der Mißgriffe dienen, die der Gesetzgeber hin und wieder getan hat. Wenn man diese auch bedauern muß, so darf daran erinnert werden, daß ein Eingreifen des Richters in die allermeisten Familien überhaupt nicht stattfindet, weil in jeder Ehe der Mann aus seinem sittlichen Empfinden heraus, vielleicht auch instinktiv, der Frau überall dort völlig freie Hand lassen wird, wo sie von der Natur zum Handeln

---

[1]) vgl. dazu Kohler in Verhandl. d. 19. DJT. Bd. 2 S. 226f.

berufen ist. Eines Eingriffs der Rechtsordnung bedarf es also nur in den Ehen, in denen bedauerlicherweise die dem Wesen der Ehe entsprechende innige Gemeinschaft von Mann und Frau nicht erreicht ist. In allen anderen Fällen sind die sittlichen Bande so stark, daß sie eine richterliche Regelung des Familienlebens unnötig machen.

Die römischen und deutschen Frauen früherer Zeiten, denen rechtlich gar keine Gewalt über ihre Kinder zustand, haben ebenso wie unsere heutigen Frauen ihr bestes Können zur Erziehung ihrer Kinder eingesetzt. Festes Beharren einerseits und verständiges Nachgeben andererseits, beides im richtigen Zeitpunkt, wird der Ansicht der Frau im Kreise der Familie das rechte Ansehen geben, ohne daß dem erst durch Gericht und Recht nachgeholfen zu werden braucht.

§ 1.

Geschichte der mütterlichen Gewalt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 1626 eine elterliche Gewalt anerkannt. Dadurch ist die Frau in mancher Beziehung als rechtlich gleichstehend neben dem Mann ihren Kindern gegenüber anerkannt worden. Diese Stellung der Frau ist die Frucht einer sehr langen Entwicklung.

Alle Völker haben eine Kulturstufe durchgemacht, auf der allein die Frau eine Gewalt über ihre Kinder

hatte. So war es in der Zeit des Mutterrechts. Auf diesem Standpunkt stehen noch heute einige Negerstämme in unseren Kolonien.[1]) Der Grund zu dieser auffallenden Bevorzugung der Frau auf niedrigster Kulturstufe bei ihrer sonstigen gänzlichen Nichtachtung war einfach der, daß es noch keine dauernde Ehe und daher auch keinen Vater gab. Wo die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind fehlen, wie noch heute bei den unehelichen Kindern der Fall, haben wir Überreste des alten Mutterrechts.

Mit der Entwicklung der Ehe sind alle Kulturvölker zum Vaterrecht übergegangen. Die Stellung der Frau zu ihren Kindern ist eine ganz verschiedene je nach ihrer Stellung im Rechtssysteme und der juristischen Konstruktion der Verwandtschaft.[2])

Die römische Familie wird gebildet von den unter der patria potestas des Hausherrn stehenden Hausgenossen. Als solche stand auch die Mutter selbst unter der Gewalt ihres Mannes, wenn dieser sui juris war. Das Institut der patria potestas, das auch eine Gerichts-

---

[1]) So ruht z. B. das Verwandtschaftsrecht der Herero in Südwestafrika zum Teil auf totemistisch-mutterrechtlicher Grundlage.

[2]) Über die allmählich aufkommenden Bestrebungen des Staates, sich der Kinder gegenüber ihren Eltern anzunehmen, also eine Begrenzung der elterlichen Herrschaftsrechte zu schaffen, vgl. Fuld in GruchotsBeitr. Bd. 38 S. 647f.; Ansätze schon im römischen Recht, z. B. D. 37, 12, 5; 43, 30, 3 § 5; vgl. auch RGE. Bd. 17 S. 31; SeuffArch. Bd. 36 S. 203.

barkeit ursprünglich[3]) sogar über Leben und Tod der Gewaltunterworfenen enthielt, duldete neben sich kein anderes Gewaltverhältnis zwischen der Mutter und ihren Kindern. Diese stand rechtlich wie eine Schwester ihrer Kinder da und hatte daher keinen rechtlichen Einfluß auf die Erziehung. Demnach gab es in Rom noch keine elterliche Gewalt in unserem Sinne. Denn auch die patria potestas war ein reines Herrschaftsrecht,[4]) ein selbstnütziges Recht des pater familias,[5]) wie sich namentlich an der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder zeigt. Insofern liegt nicht nur eine Personeneinheit zwischen Vater und Kind vor,[6]) Persönlichkeit im Rechtssinne hat vielmehr nur der Vater.

Das altgermanische Recht kennt der sozialen Stellung der Frau entsprechend keine ausgebildete elterliche Gewalt der Mutter. Diese stand vielmehr selbst in der eheherrlichen Munt ihres Gatten. Zur Vertretung des Kindes war sie daher nicht berufen. Dagegen war schon nach älterem Recht der Mutter ein Anteil am Erziehungsrecht eingeräumt.[7]) Nach dem Tode des Vaters kam die Mutter selbst unter Vormundschaft des

---

[3]) Über spätere Einschränkungen vgl. Kipp, Lehrb. S. 286 Anm. 3, 4 und die daselbst zit. Stellen.

[4]) Roth, System des deutschen PrivR. Bd. 2 S. 273; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 4 S. 265 ff.

[5]) Endemann, Lehrb. S. 16.

[6]) Förster-Eccius Bd. 4 S. 138.

[7]) Roth Bd. 4 S. 138.

nächsten Schwertmagen, auch des nächsten Verwandten mütterlicherseits.[8]) Es blieb aber eine communio in Vermögensangelegenheiten, so daß der Witwe manche Verfügungs- und Nutzungsrechte zustanden.[9]) Aus diesen Vermögensrechten hat sich z. B. bei den Burgundern und Goten eine gewisse elterliche Gewalt für die Witwe entwickelt, die zwar noch keine eigentliche Vormundschaft über das Kind war, wohl aber den Charakter einer Hausvorstandschaft hatte. Diese umfaßte Erziehungs- und Ehebewilligungsrecht kraft des sogen. Beisitzrechtes.[10])

Durch die Rezeption des Instituts der römischen patria potestas ist das deutsche Recht nicht verdrängt worden.[11]) Vielmehr griffen die deutschrechtlichen Gesichtspunkte, wonach die elterliche Gewalt in erster Linie als Schutzrecht des Kindes, nicht mehr als eigennütziges Herrschaftsrecht gedacht ist, stark modifizierend ein.[12]) Man hat sogar behauptet, die römische patria potestas sei gar nicht rezipiert.[13]) In der Weiterent-

---

[8]) Heusler, Instit. S. 432f.

[9]) Stobbe-Lehmann Bd. 4 S. 367.

[10]) Schröder S. 333f.; Kipp, Lehrb. S. 287 II; Stobbe-Lehmann § 312 II, 3.

[11]) Förster-Eccius Bd. 4 S. 130f.

[12]) Endemann S. 493.

[13]) So Thomasius in seiner Abhandlung De usu practic tituli Institutionum de patria potestate 1712; dazu Förster Eccius a. a. O.; die Unklarheit der Verhältnisse nach der Rezeption betont auch Kipp S. 287 III.

wicklung des gemeinen Rechts hat man unterschieden: Elternrechte, die beiden Eltern gemeinschaftlich zustehen (so das Erziehungsrecht), und die Vertretungsbefugnis, die nur der Vater ausüben kann.[14]) Von einer elterlichen Gewalt der Mutter kann man aber deshalb nicht reden, weil mit dem Tode des Vaters ein Vormund für das Kind zu bestellen war, auch für die Erziehung. Auf dies Amt hatte die Mutter regelmäßig einen Anspruch.[15])

Das Verlangen nach einer rechtlich anerkannten Gewalt der Mutter wurde immer stärker. Seit dem Naturrechtler Hugo Grotius waren es besonders die Philosophen Hobbes, Hufeland, Kant, Fichte, Hegel, die den Gedanken einer mütterlichen Gewalt aufrechterhielten.[16]) Die Partikularrechte haben zum Teil diesen Forderungen entsprochen, und zwar schon in sehr früher Zeit. Wenn noch die Motive zum sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1861 S. 869[17]) sagen, daß die Einführung einer mütterlichen Gewalt über die Kinder die Grundlagen des Familienrechts erschüttern würde, so beruht das auf einer vollkommenen Verkennung längst bestehender Verhältnisse.

---

[14]) vgl. Roth Bd. 2 S. 274f.

[15]) vgl. Kipp S. 288. In Anm. 17 daselbst die Beschränkungen, die sich die Mutter für den Fall ihrer Bestellung gefallen lassen mußte.

[16]) Die Nachweisungen s. bei Pfaff in Verhandl. d. 19. DJT. Bd. 2 S. 156ff.

[17]) s. dazu Pfaff a. a. O.

Das preuß. allgem. Landrecht hat eine elterliche Gewalt noch nicht eingeführt. Es redet einseitig von väterlicher Gewalt.[18]) Daß die Kinder beiden Eltern gegenüber zu Ehrfurcht und Gehorsam verpflichtet sind (ALR. II, 2 § 61) ist so selbstverständlich, daß ein besonderes Recht der Mutter daraus nicht hergeleitet werden kann, vielmehr ist diese Vorschrift überhaupt nicht als Rechtsvorschrift anzusehen.[19]) Das ALR. II, 2 §§ 74 ff. gibt der Mutter jedoch schon ein Erziehungsrecht neben dem Vater, dessen Willen aber vorgeht. Nach dem Tode[20]) des Vaters wird den Kindern ein Vormund bestellt nach II, 18 § 8. Wird die Mutter nicht selbst zur Vormünderin bestellt, so steht ihr unter Aufsicht des Vormundes die Erziehungsgewalt zu.[21]) Dies rechtfertigt sich dadurch, daß die Stellung der Mutter neben einem Vormund nicht schlechter sein kann als neben dem Vater.

Das französische Recht (code civil) redet im 9. Titel von der puissance paternelle. Diese Überschrift ist irreführend und auch nicht in ihren Konsequenzen

[18]) II, 2 § 62.

[19]) Förster-Eccius Bd. 4 S. 131: „Die Rechtsstellung der Mutter neben der des Vaters findet gelegentliche Erwähnung".

[20]) Über die anderen Fälle, in denen dem Kinde ein Vormund zu bestellen ist, ohne daß die Mutter die Gewalt übt, s. preuß. VormO. v. 5. 7. 1875 § 11.

[21]) Stobbe-Lehmann Bd. 4 S. 368 Anm. 3 a. E; Dernburg, PrPrivR. Bd. 3 S. 164; ALR. II, 18 § 315; preuß. VormO. § 28.

durchgeführt.[22]) Der Ausdruck ist nur wortgetreue Übersetzung von patria potestas. Während der Ehe übt regelmäßig der Vater die Gewalt allein aus.[23]) Aber die Mutter hat schon während bestehender Ehe gleiche Rechte wie der Vater, z. B. bei Erteilung des Heiratskonsenses (Art. 148, 151), bei Adoption eines noch nicht elternlosen Minderjährigen (Art. 346).[24]) Nach dem Tode ist die Mutter Inhaberin der Gewalt (Art. 390).[25])

Ähnlich wie im gemeinen Recht ist die Stellung der Mutter in Württemberg,[26]) Bayern,[27]) Sachsen,[28]) Österreich.[29]) [30]) In diesen Rechten hat die Mutter ein Erziehungsrecht unter Aufsicht des Vormunds, ähnlich wie im allgem. Landrecht.[31]) Vertretung und Vermögensverwaltung fällt in diesen Fällen dem Vormund zu; es besteht ein Vorzugsrecht der Mutter auf Bestellung.[32])

---

[22]) Zachariae-Crome S. 438 Anm. 2 S. 466, Anm. 1. Art. 372 redet von l'autorité des parents.

[23]) Code civil art. 148, 373ff., 384, 477.

[24]) vgl. dazu Zachariae-Crome a. a. O.

[25]) In Ausnahmefällen auch schon während der Ehe; vgl. Art. 141, 149.

[26]) Württemb. LR. IV, 11 § 1, IV, 12 § 1.

[27]) Bayr. LR. I, 7 § 1 Nr. 3.

[28]) Sächs. BGB. §§ 1875, 1886, 1923 f.

[29]) Österr. Gesetzbuch §§ 216 –218.

[30]) vgl. zu den Zitierten die Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 4 zu §§ 1501 f. S. 733.

[31]) vgl. noch ALR. II, 18 §§ 315, 320, 322, 326.

[32]) vgl. z. B. ALR. II, 18 § 186; preuß. VormO. § 17 Nr. 3, § 18; sächs. BGB. § 1890.

Auch die Nutznießung steht der Mutter nicht zu. Aber hier greifen die mannigfachen Durchbrechungen ein, die durch die Güterrechte bewirkt werden.[33]) Überhaupt kann man bemerken, daß die Stellung der Mutter im Verhältnis zu ihren Kindern stark beeinflußt wird von den Rechten, die ihr nach dem jeweiligen Güterrecht zustehen. Dies hat dazu geführt, in manchen Partikularrechten, namentlich da, wo Gütergemeinschaft unter den Eheleuten bestand, der überlebenden Mutter eine der väterlichen wesensgleiche Gewalt zu geben, welche die Anordnung einer besonderen Vormundschaft unnötig macht.[34])

Außer den in der vorhergehenden Note genannten Rechten, die eine mütterliche Gewalt, vom Güterrecht ausgehend, geschaffen haben, sind noch einige teilweise sehr frühe Vorläufer des Bürgerlichen Gesetzbuches zu nennen.[35]) Nach den unten in der Note erwähnten Ge-

---

[33]) vgl. dazu Mot. a. a. O.

[34]) So z. B. Entw. der bayr. VormO. von 1874 § 2; Reuß ä. L. Verordn. v. 2. 7. 1864 § 2; weimar. Gesetz von 1872, vor allem, wie oben schon bemerkt, code civil art. 372 ff., 384 f., 390 ff.; vgl. dazu Mot. Bd. 4 S. 735.

[35]) Es sind noch zu erwähnen: das Stadtrecht von Freiburg von 1120 § 56; Stadtrecht von Höxter (13. Jahrh.) § 8; einige bayrische Statuten, so das Stadtrecht von Dattenried von 1385 § 36; ferner Lütticher Gewohnheitsrecht Art. 16, wo es heißt: „Mater habet liberos in potestate post obitum patris non aliter atque pater"; Nürnberger Reformation XXVIII, 9: „in Gewalt und Fürsorge ihrer Eltern"; Jülich-Bergisches Landrecht Kap. 73;

setzen hat die Mutter Rechte, die teilweise als elterliche Gewalt bezeichnet werden. Ob es wirklich schon eine elterliche Gewalt war, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Stellung der Mutter eine bedeutend bessere geworden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat der Entwicklung der mütterlichen Gewaltstellung einen vorläufigen Halt gesetzt. Daß der Abschluß kein endgültiger sein kann, ist schon oben in der Einleitung hervorgehoben.

§ 2.

Allgemeines über die elterliche Gewalt.

Da es sich im weiteren um die Frage handeln wird, inwieweit der Mutter eine elterliche Gewalt zusteht, so ist es nötig, den vom Gesetz begrenzten Umfang der elterlichen Gewalt zu behandeln.

Das minderjährige Kind steht unter elterlicher Gewalt (§ 1626). Es scheint überflüssig hervorzuheben, daß Inhaber dieser Gewalt beide Elternteile sind. Und doch ist gerade dies tiefste Wesen einer elterlichen Gewalt im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht voll anerkannt, wie unten zu zeigen ist.

---

bad. Gesetzbuch I Tit. 9 (richtige Übersetzung der französischen puissance paternelle: Von der elterlichen Gewalt); bernisches Gesetzbuch Art. 153; vgl. zu allem Stobbe-Lehmann S. 367 ff. Anm. 2, 3.

Aus der Wortbedeutung ergibt sich ferner, daß man nur bei Lebzeiten beider Eltern von einer elterlichen Gewalt reden kann; nach dem Tode des einen Elternteils könnte man mit viel mehr Recht von einer väterlichen bezw. mütterlichen Gewalt sprechen. Das Bürrgerliche Gesetzbuch aber setzt da, wo es von elterlicher Gewalt der Mutter spricht (§§ 1684 ff.), voraus, daß der Vater zur Ausübung seiner Gewalt nicht fähig ist oder sie nicht mehr hat.

Demnach bedeutet die elterliche Gewalt nicht eine gleichzeitige Gewalt der Eltern, sondern eine Gewalt, die einen der Elternteile, nicht nur dem Vater, zustehen kann. Nur in diesem Sinne ist der Ausdruck des Bürgerlichen Gesetzbuches berechtigt. Eine von beiden Elternteilen gleichmäßig ohne gegenseitige Beschränkung ausgeübte elterliche Gewalt, wie man es nach dem Wortlaut erwarten sollte, gibt es nicht und wird es auch niemals geben können, da solche Befugnisse, die sich auf ein Objekt beziehen und mehreren zustehen, immer zur Möglichkeit ihrer Ausübung eine Verteilung der Gewalt verlangen.

Verständlicher als die Träger der elterlichen Gewalt ist ihr Umfang bestimmt; freilich ist der Begriff ziemlich willkürlich begrenzt. Warum ist z. B. nicht das Eheeinwilligungsrecht als Bestandteil der elterlichen Gewalt aufgefaßt? In anderer Beziehung herrscht Streit: z. B. ist das Recht auf den persönlichen Verkehr mit den Kindern Ausfluß der elterlichen Gewalt oder all-

gemein der Blutsverwandtschaft? Die Entscheidung dieser Frage ist, wie wir später sehen werden, von großer Bedeutung bei Behandlung des väterlichen Entscheidungsrechtes.

Im allgemeinen aber ist der Umfang der elterlichen Gewalt fest bestimmt. Unter den Begriff fällt, wie einzeln im Gesetz aufgezählt:

I. Recht und Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1627). Dazu gehört:

1. die Erziehungsgewalt mit den dazu nötigen Zuchtmitteln,

2. die Pflicht, das Kind zu beaufsichtigen,

3. das Recht und die Pflicht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen,[1] [2])

4. die Befugnis, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Inhaber der elterlichen Gewalt vorenthält (§ 1632).

II. Von der Fürsorge in persönlichen Angelegenheiten trennt das Gesetz die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten (§ 1629). Als wichtigste Befugnisse kommen dabei in Betracht: die Prozeßführung und der Abschluß von Rechtsgeschäften im Namen des Kindes, soweit sie nur die Person, nicht auch das Vermögen des Kindes betreffen, wie z. B. der Abschluß von Lehrverträgen in Schul- und Berufsangelegenheiten.

---

[1]) Nicht den Wohnsitz; denn diesen bestimmt das Gesetz (vgl. § 11 BGB.).

[2]) vgl. § 1631.

III. Die Sorge für das Vermögen des Kindes. Sie zerfällt ebenfalls in die Verwaltung des Kindesvermögens (§ 1627), z. B. die ordnungsmäßige Anlegung des Vermögens, die Führung eines dem Kinde gehörenden Erwerbsgeschäftes und die Vertretung in Vermögensangelegenheiten (§ 1630), also das Handeln im Namen des Kindes bei allen Geschäften, die sich auf dessen Vermögen beziehen.

An den angeführten Beispielen läßt sich erkennen, daß praktisch eine Trennung der Fürsorge für die Person von der Vermögensverwaltung gar nicht durchführbar ist. Z. B. die Mutter als Inhaberin der Fürsorge in persönlichen Angelegenheiten hält einen Beruf für das Kind für geeignet, der Vormund als Vermögensverwalter erklärt diesen Beruf für zu kostspielig, die Ausbildung für zu teuer. Gedacht ist an den Fall, daß der Vater seine elterliche Gewalt durch strafbare Handlung am Kinde verwirkt hat, oder daß ihm die Sorge für die Person entzogen ist und die Ehe noch besteht (vgl. § 1684 Abs. 1 Nr. 2 mit §§ 1680, 1666, 1670 mit 1677, 1668). Das Recht der Mutter ist bei solchen Meinungsverschiedenheiten mit dem Vormund stark beeinträchtigt.

IV. Gleichsam als Entgelt für seine Mühewaltung gibt das Gesetz dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Nutznießung am Vermögen des Kindes (§ 1649). Ob es richtig war, diese Befugnis mit unter den Begriff der elterlichen Gewalt zu bringen, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls unterscheidet sie sich von den anderen Be-

standteilen der elterlichen Gewalt dadurch, daß sie nur ein Recht, nicht gleichzeitig auch eine Pflicht ist, was dem Inhalt dieser Befugnis entspricht. Daraus ergibt sich die wichtige Konsequenz, daß man auf die Nutznießung frei verzichten kann, während das bei den übrigen Rechten, die dem Grundgedanken schon des altdeutschen Rechts entsprechend[3]) zugleich auch Pflichten der Eltern sein sollen, nicht der Fall ist. Der innere Grund der Unverzichtbarkeit und Unübertragbarkeit liegt natürlich nicht darin, daß das Gesetz von Pflicht redet — bei der Annahme an Kindesstatt läßt es selbst einen Übergang der elterlichen Gewalt zu —, sondern ist in dem Wesen der elterlichen Gewalt begründet. Nur von den Eltern kann sie ausgeübt werden, sie ist ein Ausfluß der verwandtschaftlichen Beziehungen, die zwischen Eltern und Kind bestehen, in die nicht durch Rechtsgeschäft ein anderer hineingeschoben werden kann.[4])

[3]) Über die allmähliche Entstehung des Satzes Salus liberorum summa lex. vgl. Fuld in Gruchot Bd. 38 S. 647f.

[4]) Das Institut der Adoption macht freilich eine Ausnahme von der höchstpersönlichen Natur der elterlichen Gewalt. Aber gerade diese Ausnahmestellung der Adoption, die in einem vollständigen Abschneiden der natürlichen und sittlichen Bande und einer künstlichen Neuschaffung eines familienähnlichen Verhältnisses besteht, zeigt, daß in anderen Fällen ein Verzicht auf die elterliche Gewalt unmöglich ist. Um die Entstehung eines derartigen künstlichen Verhältnisses im Interesse des angenommenen Kindes zu ermöglichen bezw. zu erleichtern, hat das Gesetz dem Annehmenden dieselbe Stellung wie den Eltern gegeben.

Aus diesen Gründen möchte ich auch nicht die Teilung in eine — unmögliche — Übertragung der elterlichen Gewalt dem Rechte nach und in eine — statthafte — Übertragung der elterlichen Gewalt der Ausübung nach annehmen, wie André[5]) es will. Denn bei derartigen Verträgen müßte ein Widerruf stets zulässig sein, wie André a. a. O. selbst zugibt. Der Inhaber der elterlichen Gewalt wäre also nie an den Inhalt des von ihm geschlossenen Rechtsgeschäfts gebunden.[6]) Lehrverträge bleiben auch nach unserer Meinung möglich: denn sie sind Dienstverträge und haben zum Gegenstand — nicht wie André[7]) meint, die Ausübung des Erziehungsrechtes — die Unterweisung des Lehrlings in dem betreffenden Handwerk oder Beruf; die zu diesem Erfolg unentbehrliche Berechtigung, den Dienstverpflichteten in mancherlei Beziehung zu beaufsichtigen, ihn zu erziehen und nötigenfalls zu züchtigen, wird nicht der Ausübung nach vom Personensorgerecht des Gewaltberechtigten abgespalten, sondern ist ein völlig selbständiges Recht, das dem Lehrherrn wie jedem Dienstherrn zusteht.[8])

Nur denjenigen, dem die oben unter I—IV bezeichneten Rechte und Pflichten zuerkannt sind, kann man als Inhaber der elterlichen Gewalt bezeichnen.

---

[5]) André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder, Marburger Rektoratsrede, S. 35.

[6]) vgl. dazu auch Lizius, Kinder aus geschiedenen Ehen, Würzburger Diss. 1908.

[7]) André a. a. O. S. 27f.

[8]) vgl. § 618 BGB.; § 120a GewO.

Die Gewaltstellung der Mutter ist aber sehr verschieden. Ihr Umfang hängt von mancherlei Umständen ab. Sehr einschneidend muß selbstverständlich die Auflösung der Ehe wirken, nicht minder bedeutend ist aber auch die Tatsache, ob der Vater zur Ausübung der elterlichen Gewalt fähig ist. Es soll zunächst der Hauptfall untersucht werden: Welche Stellung steht der Mutter neben dem vollberechtigten Vater während Bestehens der Ehe zu? Diese Frage trifft gewiß den weitaus häufigsten Fall, der bei der elterlichen Gewalt vorkommt. Merkwürdigerweise hat das Gesetz ihn in einem einzigen Paragraphen (§ 1634) erledigt. Zur Rechtfertigung mag bemerkt werden, daß gerade bei dieser Sachlage ein Streit unter den Eltern zu den Seltenheiten gehört, — das gute Einvernehmen unter den Ehegatten ist ja selbstverständlich die Regel —. Sehr oft aber gibt die Gewaltverteilung zu Streitigkeiten Anlaß, wenn die Ehe zwar nicht geschieden, aber die Ehegatten tatsächlich getrennt leben.

I. Die Gewaltstellung der Mutter neben dem Vater während bestehender Ehe.

§ 3.

Hat die Mutter nach § 1634 elterliche Gewalt?

Die Mutter hat die Fürsorge für die Person des Kindes, aber nur so, daß sie der Entscheidung des Vaters weichen muß. Ein Vertretungsrecht steht ihr in keiner Beziehung zu (§ 1634).

Kann man diese Gewaltstellung nach dem oben Ausgeführten noch als elterliche Gewalt im Sinne des Gesetzes bezeichnen.

In der Literatur ist diese Frage meist nicht mit der erwünschten Klarheit behandelt worden. Die meisten Schriftsteller wollen der Mutter eine mit der des Vaters konkurrierende elterliche Gewalt geben. So würde es einzig und allein einer wirklichen elterlichen Gewalt entsprechen. Zu diesem Zweck hat man sehr künstliche Konstruktionen gemacht. Es sind namentlich zwei Ansichten vertreten:

1. Man hat eine verschieden starke elterliche Gewalt angenommen.[1])

Dann sind drei Stufen zu unterscheiden, auf denen die elterliche Gewalt der Mutter teils von dem Stande ihrer Ehe, teils von der längeren oder kürzeren Unfähigkeit des Ehemanns zur Wahrnehmung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten beeinflußt wird:

a) die mütterliche Vollgewalt in den Fällen des § 1684;

b) die mütterliche Ersatzgewalt in den Fällen des § 1685;

c) die mütterliche Nebengewalt in dem Falle des § 1634.

Nach dieser Meinung hat also die Mutter in allen Stadien ihrer Ehe eine elterliche Gewalt. Es ist aber dem Wortlaut des Gesetzes nach unmöglich, eine elterliche Gewalt mit verschiedenem Inhalt anzunehmen. Denn es ist gerade als Fortschritt des Bürgerlichen Gesetzbuches zu bezeichnen, daß es einen streng einheitlichen Begriff der elterlichen Gewalt geschaffen hat. Daher muß diese Ansicht abgelehnt werden.[2])

---

[1]) Diese Ansicht wird vertreten von Planck Vorbem. zu § 1684 S. 549; Staudinger Vorbem. 3 zu § 1684; Komm. d. RGRäte Vorbem. 2 zu §§ 1616 ff.; Neumann Vorbem. zu §§ 1684 ff.; Dernburg S. 301; Endemann § 204 S. 620; Crome S. 528.

[2]) vgl. auch Blume 1 zu § 1634; Rothe, Die elterliche Gewalt der Mutter, Erlanger Diss. S. 9 ff.

2. Ferner ist folgender Versuch gemacht worden, der Mutter die elterliche Gewalt zuzusprechen:

Die elterliche Gewalt stehe den Eltern während der Ehe gemeinschaftlich zu,[3]) aber so, daß die Ausübung der Gewalt durch die Mutter gehemmt ist mit Ausnahme der Fürsorge für die Person.[4]) Es wird also ein Unterschied gemacht zwischen elterlicher Gewalt der Zuständigkeit nach und elterliche Gewalt der Ausübung nach. Der Mutter soll die elterliche Gewalt der Zuständigkeit nach zukommen, nicht aber der Ausübung nach. Man rettet dadurch den Begriff einer elterlichen Gewalt. Aber andrerseits ist die Teilung der elterlichen Gewalt in Recht und Ausübung des Rechts — wenn sie auch vom Gesetze selbst erwähnt wird[5]) — gerade hier eine sehr unglückliche. Sie ist ein notwendiger Kompromiß des Gesetzes, das formell eine elterliche Gewalt schaffen wollte, aber materiell auf einer väterlichen und erst nach deren Wegfall eintretenden mütterlichen Gewalt stehen geblieben ist. Dieser Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt sich mit voller Klarheit aus § 1685. Wenn wirklich eine

---

[3]) Dieser Satz findet sich oft; vgl. z. B. Komm. d. RGRäte Vorbem. 2 zu §§ 1616ff.; Staudinger Vorbem. 4 zu §§ 1626ff.; Eck, Vorträge Bd. 2 S. 484; s. dazu aber auch Leonhard Anm. 1 das.

[4]) So vor allem Blume Vorbem. I, 3 zu § 1684; Rothe a. a. O. S. 12; Bulling, Die deutsche Frau und das BGB. S. 154.

[5]) In den §§ 1684ff.

elterliche Gewalt zur Durchführung gekommen wäre, so brauchte § 1685 der Mutter nicht die elterliche Gewalt nur der Ausübung nach anzuvertrauen. Dann wäre es selbstverständlich, daß in Behinderungsfällen des Vaters die Mutter, der ja eine grundsätzlich gleiche Gewalt schon dem Rechte nach zusteht, diese Gewalt auch ausübt. Aber nach der Auffassung des Gesetzes muß man annehmen, daß die Mutter gemäß § 1685 nur die elterliche Gewalt des Vaters ausübt, nicht kraft eigenen Rechtes, sondern nur kraft des dem Vater gegebenen Rechts.[6]) Nur in den Fällen des § 1684 soll nach dem Wortlaut der Mutter die elterliche Gewalt auch dem Rechte nach zustehen. Daß das Gesetz eine Übereinstimmung von Wortlaut und Sinn nicht erreicht hat, ist sehr bedauerlich. Aber dem Wortlaut zuliebe künstliche Konstruktionen machen, dürfte nicht gerechtfertigt sein. Die vom Ausdruck abweichende Regelung, die das Bürgerliche Gesetzbuch gegeben hat, ist jedoch in den meisten Fällen als richtig zu bezeichnen. Ganz besonders deshalb möchte ich auch für die Frage, ob der Mutter im Regelfall der bestehenden Ehe und Vollgewalt des Vaters die elterliche Gewalt zusteht, nicht den Wortlaut, elterliche Gewalt, sondern die tatsächliche Rechtsstellung, die der Frau vom Gesetz eingeräumt ist, entscheiden lassen. Das führt zu folgendem: In der weitaus größten Zahl aller Familien, immer wenn die

[6]) Dagegen, aber ohne Begründung Staudinger Bem. 2 zu § 1685.

Ehe besteht und der Vater die Gewalt auszuüben fähig ist, steht der Mutter keine elterliche Gewalt zu. Die gleiche Ansicht ist bei den meisten Schriftstellern, die sich mit der Frage beschäftigen, nur zwischen den Zeilen zu finden.[7]) Wenn Blume,[8]) der sich eingehend mit der hier berührten Frage beschäftigt, gegen diese Ansicht geltend macht, daß danach die Bestimmungen der §§ 1648, 1664, 1675 usw. auf das der Mutter zustehende Sorgerecht keine Anwendung finden könnten, so ist darauf zu erwidern: Zweifellos ist das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, ein wichtiger Teil der als elterliche Gewalt zusammengefaßten Rechte und Pflichten. Deshalb ist es möglich, die für den Gesamtbegriff geltenden Sätze auch für die einzelnen Teile des Begriffs anzuwenden. Demnach würde also z. B. die Minderung der Haftung (§ 1664) auch auf das der Mutter zukommende Personensorgerecht anwendbar sein.[9]) Das ist auch die Absicht des Gesetzes,

---

[7]) vgl. Gierke, Gutachtliche Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB. Bd. 4 S. 382; Klöppel, Gutachten aus dem Anwaltsstand Bd. 2 S. 1470; Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern S. 138f.; Jastrow, Das Recht der Frau nach dem BGB. S. 97; Salinger im ZBlFG. Bd. 2 S. 104; Pritzl in BayNotZ. Bd. 2 S. 60; Matthiaß, Lehrb. Bd. 2 § 108; Köhne in Gruchot Bd. 40 S. 601; Rothe a. a. O. S. 9.

[8]) 1 zu § 1634.

[9]) So auch Staudinger 4 zu § 1634; Planck 6 zu § 1634. Letzterer redet freilich immer von einer Anteilnahme der Mutter am väterlichen Fürsorgerecht; das entspricht nicht dem Gesetz,

die man noch auf anderen als dem angegebenen Wege, nämlich durch analoge Anwendung der in Frage stehenden Bestimmungen erreichen kann. Über den anderen Gegengrund Blumes, daß man nach der hier vertretenen Ansicht nicht zu einem Satz kommen kann, nach dem sich die Gewalt des Vaters und die der Mutter gegenseitig beschränken, wird unten zu handeln sein.

Eine weitere praktische Bedeutung kommt der behandelten Frage nicht zu. Ihre Beantwortung ist aber interessant für die Feststellung, daß es dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gelungen ist, einem neu eingeführten Begriff auch eine vollbefriedigende Grundlage zu geben.

§ 4.

Die Gewalt der Mutter nach § 1634.

I. Befugnisse der Mutter.

Die Mutter hat das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Da dies ein Teil der elterlichen Gewalt ist, so finden dieselben Vorschriften darauf Anwendung, wie sie im Abschnitt „elterliche Gewalt des Vaters“ (§§ 1627 ff.) aufgeführt sind.[1]) Dem-

---

denn das Personensorgerecht der Mutter ist ein vollständig selbständiges Recht, wie sonst allgemein anerkannt ist.

[1]) § 1686 darf hier nicht angezogen werden, weil er nur auf die im § 1684 der Mutter gegebene elterliche Gewalt zugeschnitten ist.

gemäß hat die Mutter ihr Kind zu erziehen. Bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung macht sie sich schadensersatzpflichtig gegenüber dem Kinde. Sie muß das Kind beaufsichtigen, sie ist daher zur Leistung des Schadensersatzes nach § 832 verpflichtet, wenn das Kind irgendeinen Schaden angerichtet hat, und zwar in erster Linie, nicht erst nach dem Vater. Beide haften als Gesamtschuldner (§ 840), vorausgesetzt, daß dem Vater die elterliche Gewalt zusteht und er nicht rechtlich oder tatsächlich an ihrer Ausübung verhindert ist. Sie kann ebenso wie der Vater den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen, seine Schulbildung, seinen Beruf (§ 1631). Sie ist berechtigt, von jedem Dritten die Herausgabe des Kindes zu fordern (§ 1632).

Daß man der Mutter keinen Anteil an der Verwaltung des Kindesvermögens und an der Vertretung in solchen Angelegenheiten gewährt, hängt mit der unselbständigen Stellung der Frau im Güterrecht zusammen und ist insofern gerechtfertigt. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Mutter im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt mancherlei für ihr Kind tun kann, ohne daß der Vater dagegen auftreten darf.[2]) So kann sie z. B. für das Kind die Ausgaben für Bekleidung, Erziehung, Gesundheitspflege machen, ohne fürchten zu müssen, daß der Vater den Aufwendungen widerspricht.[3])

---

[2]) s. dazu Crome S. 490f.

[3]) vgl. Endemann S. 315 Anm. 29.

II. Entscheidungsrecht des Mannes.

Alle Entscheidungen der Mutter tragen aber den Stempel einer vorläufigen Regelung; denn durch einen Widerspruch des Vaters können sie jederzeit unwirksam gemacht werden. Unter dieser Ungewißheit leiden natürlich nur diejenigen Maßnahmen der Mutter, die eine dauernde Regelung bezüglich des Kindes bezwecken. Anordnungen, die die Mutter getroffen hat und deren Fortwirken in der Gegenwart noch andauert, deren Wirksamwerden in der Vergangenheit liegt, wie z. B. viele Erziehungsmaßregeln, können nachträglich nicht mehr abgeändert werden. Es ist nicht nötig, daß die Mutter vor jedem Handeln den Vater um Rat fragt. Sie ist in der Personensorge grundsätzlich gleichberechtigt. Aber wenn der Vater ihren beabsichtigten Maßnahmen widerspricht, so dürfen sie von ihr nicht ausgeführt werden. Ein Recht, der Mutter etwas zu gebieten, hat der Vater nicht.[4]) Hat der Vater seine von der der Mutter abweichende Meinung geäußert, so hat die Mutter in den durch den Willen des Vaters bezeichneten Bahnen freie Hand.

Man hat das Entscheidungsrecht des Vaters oft angegriffen.[5]) Teils mit Recht, teils mit Unrecht. Jedenfalls ist eine annehmbare Lösung der Frage, wem die

[4]) vgl. Blume 6 zu § 1634; anders ALR. II, 2 § 68.

[5]) z. B. Fuld, Gutachten aus dem Anwaltsstand Bd. 1 S. 421. Beachtenswerte Reformvorschläge bei Bulling a. a. O. S. 151 ff.

Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten zustehen soll, noch nicht gefunden. Als Ausweg hat man meist angegeben, die Eltern sollten sich bei Meinungsverschiedenheiten an den Vormundschaftsrichter wenden, und dieser solle den Ausschlag geben.[6]) Abgesehen davon, daß hierdurch eine Überbürdung des Gerichts verursacht würde, ist es dem Vormundschaftsrichter auch ganz unmöglich, in jedem einzelnen Falle eine Regelung zu treffen, die einen gerechten Ausgleich der sich gegenüberstehenden Ansichten bringen und außerdem zum Besten des Kindes sein soll.[7])

Demnach erweist sich das väterliche Entscheidungsrecht als der einzige Ausweg aus dem Dilemma; es wird gewiß auch in den meisten Familien Streitigkeiten sachgemäß schlichten und Gutes wirken.[8])

III. Grenzen des väterlichen Entscheidungsrechts.

Sehr streitig ist es aber, wieweit der Vater sein Vorrecht gebrauchen darf, um das Recht der Mutter zu beeinträchtigen.

In Ehen, in denen im allgemeinen Eintracht herrscht und in denen die Ehegatten einen gemeinsamen Haus-

---

[6]) So z. B. Fuld a. a. O. Bd. 1 S. 421; Gimmerthal im ArchZivPrax. Bd. 104 S. 392ff.; Rothe a. a. O.

[7]) vgl. dazu Jastrow a. a. O. in trefflichen Ausführungen, die durch ein Beispiel belegt werden.

[8]) s. Bulling a. a. O. S. 154f.

halt führen — das ist natürlich die weitaus größte Zahl aller Ehen — wird die Teilung der gegenseitigen Befugnisse keine Schwierigkeiten machen. Auch wird hier das Entscheidungsrecht des Mannes nicht so drückend fühlbar sein; meist wird auf friedlichem Wege eine Übereinstimmung der Eheleute erzielt werden.

Ganz anders liegen die Verhältnisse, wenn die Ehe zwar nicht geschieden ist, die Eheleute aber getrennt leben. Es soll im folgenden von dem Falle die Rede sein, daß die Frau ihren Gatten verlassen hat, sei es, daß sie auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, und daher die eheliche Gemeinschaft aufgelöst hat (§ 1353 Abs. 2 Satz 2), oder daß sie aus einem sonstigen Grund sich von ihm getrennt hat. Das Gesetz hat die Gewaltverhältnisse über die Kinder in diesem Falle nicht besonders geregelt. § 1636 gilt nur für geschiedene Ehen. Es muß daher bei der Vorschrift des § 1634 bleiben. Die Mutter hat also das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen mit der Einschränkung, daß die Meinung des Vaters entscheidet. Gerade hier muß es sich zeigen, ob das Recht der Mutter dem Vater gegenüber durchdringen kann. Denn durch die tatsächlichen Verhältnisse ist sie von der Ausübung ihrer Gewalt ausgeschlossen. Ein wichtiger Bestandteil der Personensorge ist das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Damit hängt das andere Recht zusammen, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es widerrechtlich vorenthält. Naturgemäß ist gerade

der Streit, bei wem das Kind erzogen werden soll, unter getrennt lebenden Ehegatten sehr häufig. In diesem Prozeß fragt es sich, ob der Mutter ein Anspruch auf Herausgabe des Kindes gegen den Vater zusteht, oder ob sie der Klage des Vaters eine Einwendung entgegensetzen kann, auf Grund deren dieser abgewiesen werden muß. Die Frage spitzt sich dahin zu: Hat die Mutter einen Anspruch darauf, bei getrenntem Haushalt zu der ihr in § 1634 gegebenen Gewaltausübung zugelassen zu werden?

Meist wird der Mutter ein derartiges Recht gegenüber dem Vater zugestanden. Der Anspruch wird auf die verschiedenste Weise begründet. Man merkt deutlich, daß die Praxis der sonst völlig schutzlosen Mutter auf irgendeine Weise Schutz gewähren will, daß sie bestrebt ist, eine Lücke des Gesetzes auszufüllen. Ob mit Recht oder nicht, soll untersucht werden, zunächst die verschiedenen Ansichten:

1. Das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung,[9])

---

[9]) RG. Bd. 55 S. 421, Bd. 69 S. 96; JW. 1901 S. 296, 1903 Beil. S. 146, 1907 S. 6 Nr. 6, 1912 S. 395, 1913 S. 646; Recht 1906 S. 863 f., 1908 S. 130 Nr. 778, 1912 Nr. 1015, 1021—1023; Gruchot Bd. 51 S. 820 ff.; ebenso OLG. Celle im Recht 1905 S. 18 Nr. 54; OLG. Hamburg, OLGRspr. Bd. 21 S. 257; Recht 1905 S. 565 Nr. 2285; OLG. Jena im Recht 1905 S. 18 u. 53; OLG. Naumburg im Recht 1908 S. 703 Nr. 3812; OLG. Kiel in Schlesw.-Holst. Anz. 1910 S. 28; OLG. Dresden im SächsArchR. 1911 S. 62; OLG. Posen, OLG. Bd. 21 S. 256; KG. in OLG. Bd. 23 S. 413; ZBlFG. Bd. 6 S. 274 f.

wohl der Meinung Dernburgs[10]) folgend, begründet den Herausgabeanspruch und die Einrede der Mutter folgendermaßen: Die Erziehung der Kinder, der Hauptbestandteil der Sorge für die Person liegt beiden Eltern ob. Sie ist daher eine das gemeinsame eheliche Leben betreffende Angelegenheit. Daher gilt die im § 1354 Abs. 2 aufgestellte Schranke, daß der Mann sein Entscheidungsrecht in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten nicht mißbrauchen dürfe. Im Falle eines Mißbrauches ist die Entscheidung des Mannes für die Frau unverbindlich. Sie kann daher seinem Herausgabeverlangen in der Weise begegnen, daß sie behauptet, die Anstellung der Klage oder die Entziehung ihres Einflusses auf das Kind sei Mißbrauch der eheherrlichen Gewalt. Unter denselben Voraussetzungen wird der Mutter auch die Herausgabeklage gegen den Mann selbst gegeben. Teilweise wird auch ein das ganze Familienrecht beherrschender Grundsatz herangezogen, alle Normen des reinen Familienrechts fänden eine Schranke an den höheren sittlichen Zwecken der Familiengemeinschaft. Die Gewalt über das Kind sei durch dessen Wohlfahrt gebunden.[11]) Das Vorhandensein der Schranke zeigt sich darin, daß der andere Teil

---

[10]) Dernburg S. 271; ebenso Neumann 1a zu § 1634; Kuhlenbeck, BGB. Bd. 2 Anm. 3 zu § 1634; Hedemann im Recht 1907 S. 98; Hörle im ArchBürgR. Bd. 31 S. 119; Kipp S. 293 V.

[11]) So Endemann S. 7ff., 579f.

nicht Folge zu leisten braucht, wenn eine Anordnung gegeben wird, die sich als Mißbrauch des vom Gesetz verliehenen Rechts darstellt, z. B. §§ 1353 Abs. 2, 1354 Abs. 2, 1357 Abs. 2 u. 1358 Abs. 2.

Dagegen ist aber zu sagen: Das Personensorgerecht ist zwar eine gemeinsame Angelegenheit beider Eltern, insofern beide an der Erziehung mitzuwirken haben, aber keine das gemeinschaftliche eheliche Leben berührende Angelegenheit. Wie schon das Wort „ehelich" andeutet, kann man von einer das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheit nur reden, wenn es sich um das Verhältnis der beiden Ehegatten untereinander handelt. Sobald aber die Kinder in Frage sind, kommt keine eheliche Angelegenheit mehr in Betracht. Das Gesetz scheidet auch das Verhältnis der Ehegatten untereinander einerseits und das Verhältnis der Eltern zu den Kindern andererseits ganz streng voneinander. Freilich wird das Verhältnis der Eltern zueinander immer seine Schatten auch auf ihre Beziehungen zu den Kindern werfen. Das liegt an dem engen Zusammenhang der Ehe mit dem Dasein der Kinder überhaupt. Diese tatsächlich nicht voneinander zu trennenden Beziehungen haben das Gesetz mit Recht nicht abgehalten, beide Institute ganz verschieden zu behandeln. Das Verhältnis der Eltern zu den Kindern steht unter einer viel strengeren staatlichen Aufsicht als das eheliche Leben. Man denke an die Möglichkeit eines Eingreifens des Vormundschaftsgerichts (§§ 1666 ff.).

Die intensivere Kontrolle des Staates ist vollständig gerechtfertigt durch das größere Schutzbedürfnis der minderjährigen und hilflosen Kinder. Die Regelung des ehelichen Lebens dagegen ist vollkommen den Parteien selbst überlassen. Aus diesem Grunde waren die Vorschriften der §§ 1353 Abs. 2, 1354 Abs. 2 nötig, die beim Mißbrauch der eheherrlichen Gewalt die Ehefrau ohne weiteres von ihrer Gehorsamspflicht entbinden. Die elterliche Gewalt des Vaters soll aber erst aufhören, wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen, die einen Mißbrauch dem Kinde gegenüber verlangen. Bis zu diesem Zeitpunkt muß die Frau in ihrer dem Manne untergeordneten Stellung ausharren. Demnach wäre die Begründung, daß der getrennt lebenden Ehefrau durch Heranziehung von § 1354 Abs. geholfen werden kann, abzulehnen. Auch für die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes von der Selbstbeschränkung eines jeden reinen Familienrechts ist im Rahmen der elterlichen Gewalt kein Raum. Denn alles, was zu diesem Begriff gehört, ist in den §§ 1626 ff. ausschließlich geregelt.

Die Schranke der elterlichen Gewalt ist genau gesetzt im § 1666, ferner in den nach Art. 135 EG. z. BGB. aufrechterhaltenen Vorschriften des preuß. Fürsorgeerziehungsgesetzes von 1900 und den §§ 55, 56 StGB.[12]) Nur

[12]) Merkwürdigerweise operiert das RG. (Bd. 55 S. 419 ff.) damit, daß eine Schranke für die elterliche Gewalt nicht gesetzt sei, trotzdem läge es auf der Hand, daß sie nicht schrankenlos sein könne, und will dann als Schranke, wie oben ausgeführt, § 1354 ansehen.

wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind, kann sich die Mutter an das Vormundschaftsgericht wenden und Abhilfe verlangen. Bis es soweit ist, muß sie sich die Vorenthaltung der Kinder gefallen lassen.[13]) Ein solcher Mißbrauch, der das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten befähigt, kann in der Fernhaltung der Mutter von kleinen Kindern, die noch ganz besonders der mütterlichen Pflege bedürfen, oft liegen.

Gegen die Ansicht des Reichsgerichts spricht noch ein wesentlicher Grund: Die Entscheidung darüber, wem die Kinder nach der Scheidung zuzusprechen sind, liegt gemäß § 1635 dem Vormundschaftsgerichte ob. Das Reichsgericht überträgt sie zu Unrecht dem Prozeßgericht.

Die Absicht des Gesetzes tritt deutlich hervor: Eine Änderung in der väterlichen Gewaltstellung soll nur eintreten, wenn das Interesse des Kindes es verlangt. Die Mutterliebe kommt bei diesem Ziel zu kurz. Sie muß zurückstehen zum Wohle des Kindes, dessen Entwicklung ein fortwährender Wechsel der Gewaltpersonen, ein Herausreißen aus dem väterlichen, bis zur Trennung der Mutter von dem Manne elterlichen Haushalt, nur schädigt. Selbst wenn das Kind bei der Mutter besser aufgehoben sein sollte als beim Vater — bei diesem aber natürlich immer noch so, daß dessen

---

[13]) Gegen die Ansicht des RG. haben sich erklärt: Blume 7 zu § 1634; Staudinger 3 zu § 1634; Wetzel im ArchBürgR. Bd. 26 S. 79, 127; Hamburg in OLG. Bd. 21 S. 257; HansGZ. 1910 Beil. S. 35; OLG. Posen in PosMSch. Bd. 10 S. 184.

Verweigerung zur Herausgabe kein Mißbrauch im Sinne von § 1666 ist —, kann die Mutter nicht verlangen, daß ihr das Kind zur Erziehung überwiesen wird. Der Grund zu dieser zunächst etwas sonderbar anmutenden Regelung ist der, daß die Mutter gezwungen werden soll, entweder die eheliche Gemeinschaft wiederherzustellen oder auf Scheidung zu klagen. Gewiß schwerwiegende Gründe, gerechtfertigt durch die Aufgabe des Gesetzes, die Parteien anzuhalten, ihre Verhältnisse möglichst klar zu gestalten. Jede Frau, die eine Ehe eingeht, unterwirft sich dadurch dem männlichen Entscheidungsrecht und ist zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet (§ 1353).

Ein Getrenntleben der Ehegatten kennt das Gesetz daher nicht als einen dem Wesen der Ehe entsprechenden Zustand, sondern nur als Vorbereitungsstadium für die Scheidung (§ 1353 Abs. 2). Wenn der Mann von seinem Vorrecht, während der Zeit der Trennung die Kinder bei sich zu behalten, Gebrauch macht, so ist für das Gesetz kein Anlaß gegeben, der Mutter einen anderen Schutz zu gewähren als der unter normalen Verhältnissen lebenden Ehefrau. Nicht der Mann ist es, der den Druck auf die Frau ausübt, wieder zu ihm zurückzukehren, wie vielfach behauptet wird,[14]) sondern das Gesetz selbst zwingt die Mutter dazu, zu ihrem Ehemann zurückzukehren, wenn sie ihre Lage verbessern

[14]) vgl. z. B. RG. in JW. 1912 S. 395, im Recht 1912 Nr. 1015 1021—1023.

will. Ist die Rückkehr unmöglich oder kann sie der Frau nicht zugemutet werden, so bleibt ihr nichts anderes übrig, als auf Scheidung zu klagen. Das ist dann die beste Lösung des Konflikts, denn die Aufrechterhaltung einer derartig zerrütteten Ehe bringt keine Vorteile, sondern nur Nachteile mit sich. Es liegt daher auch im Interesse des Kindes, wenn durch die Scheidung ein klarer Zustand geschaffen wird. Nach der Scheidung steht das Elternrecht der nicht für schuldig erklärten Mutter ganz unverkümmert da. Sie erhält gemäß § 1635 regelmäßig die Fürsorge für die Person ihrer Kinder.

2. Eng mit der Ansicht des Reichsgerichts, das der Mutter unter Heranziehung von § 1354 einen Anspruch gegen den Vater geben will, hängt die Meinung Plancks zusammen.[15]) Er geht von demselben Gedanken aus, daß die Erziehung der Kinder eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit sei, und gibt daher ganz folgerichtig die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Die Klage könnte im Effekt nur darauf hinausgehen, daß dem Manne die Kinder entzogen und der Frau zur persönlichen Sorge übergeben würden. Damit würde der Ehemann in dieselbe Lage kommen, aus der man eben erst der Frau herausgeholfen hat. Das rechtfertigt sich aber keineswegs. Selbst wenn in der Person des Mannes ein Scheidungsgrund

[15]) Planck 9 zu § 1634; ebenso Dernburg § 74; Hachenburg, Vorträge S. 71 f., 376.

vorliegt, kann dieser seinen elterlichen Pflichten immer noch in gebührender Weise nachkommen. Sobald sein sittliches Verhalten den Kindern gefährlich wird, ist das Vormundschaftsgericht nach § 1666 zum Einschreiten berufen. Es bleibt der Mutter natürlich unbenommen, einen darauf bezüglichen Antrag beim Vormundschaftsgericht zu stellen. Das ist aber kein besonderes Vorrecht der Mutter. Denn dazu ist auch der Gemeindewaisenrat verpflichtet (§ 1675). Außerdem scheitert diese Ansicht auch noch daran, daß, wie oben erörtert, eheliches Leben und elterliche Gewalt nichts miteinander zu tun haben. Ein schlechter Ehemann kann trotzdem ein guter Vater sein.

3. Ferner ist die Ansicht vertreten, § 1634 gewähre ebenso wie § 1635 der Mutter einen selbständigen Anspruch.[16]) Der Klagantrag soll auf Gewährung der Teilnahme einer Personensorge oder auf Beseitigung der Rechtsverletzung gehen. Eine Begründung wird nicht gegeben. Die Ansicht ist aber, wie oben entwickelt, auch schon deshalb zurückzuweisen, weil das Gesetz der getrennt lebenden Mutter gar kein Klagrecht geben will.

4. Es ist noch behauptet worden, die Mutter müsse eine Stellung zu den Kindern verlangen können, die ihr die Ausübung ihrer Erziehungspflichten ermögliche. Da

---

[16]) So Staudinger 3 zu § 1634; Planck 9 zu § 1634; RG. in JW. 1902 Beil. S. 207.

aber bei Bestehen der Ehe der Mutter kein ihren Pflichten entsprechendes Recht zur Seite stände, so müsse das Vormundschaftsgericht darauf achten, daß der Vater sein Recht nur unter Berücksichtigung der Mutter ausübe.[17]) Nach dem BGB. ist diese Ansicht nicht zu rechtfertigen.

Gegenüber allen diesen Begründungen ist noch einmal zusammenfassend festzustellen, wie oben unter 1. erörtert: Es steht der getrennt lebenden Mutter, auch wenn sie mit Grund die eheliche Gemeinschaft verweigert, kein Recht auf Herausgabe ihrer Kinder gegen den Mann zu.[18]) Es soll ein Zwang auf die Frau ausgeübt werden, entweder dem Wesen der Ehe entsprechend in den gemeinsamen Haushalt wieder zurückzukehren oder, wenn dies untunlich, von ihrem Recht, auf Scheidung zu klagen, unter Hinweis auf den in der Person des Ehemannes liegenden Scheidungsgrund Gebrauch zu machen. Bis dahin besteht kein Anlaß, die getrennt lebende Ehefrau besser zu behandeln als die mit ihrem Ehemann in häuslicher Gemeinschaft lebende. Entzieht

---

[17]) Gimmerthal im ArchZivPrax. Bd. 104 S. 394ff.

[18]) Auch Blume 7, 8 zu § 1634 gibt der Mutter keinen Anspruch gegenüber ihrem Manne; Staudinger 1b zu § 1634 betont, daß die Mutter Herausgabe der Kinder vom Vater nicht verlangen kann, während er Anm. 3 zu § 1634 eine Klage auf Gewährung der Teilnahme an der Sorge für die Person zuläßt, die bei getrennt lebenden Ehegatten unmöglich ist, ohne daß die Kinder dem Vater entzogen werden (s. oben unter Nr. 3).

die Mutter durch List, Drohung oder Gewalt dem Vater die Kinder, so macht sie sich nach § 235 StGB. strafbar.[19]) Ist der Scheidungsprozeß anhängig gemacht, so kann gemäß § 627 ZPO. eine einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts die Sorge für die Person des Kindes anders regeln, also insbesondere deren Überführung zur Mutter anordnen. Nach der Scheidung greifen die Vorschriften der §§ 1635 ff. ein. Wenn ein Mißbrauch des Vaters gegenüber seinem Kinde gemäß § 1666 vorliegt — dies ist vom Vormundschaftsgericht festzustellen —, so kann man sagen, daß die Anordnungen des Vaters nicht mehr auf Grund der ihm anvertrauten elterlichen Gewalt ergehen und deshalb für die Mutter unverbindlich sind.[20])

Unbenommen bleibt es der Mutter, auf Grund von § 226 gegen den Vater zu klagen. Dessen Voraussetzungen werden tatsächlich sehr selten gegeben sein. Denn meist wird der Vater seine Kinder nicht deshalb bei sich behalten, um die Mutter in frivoler Weise zu schikanieren, sondern er wird es fast immer deshalb tun, um sein gesetzliches Recht der Erziehung seiner Kinder auszuüben. Tatsächlich ist die Klage in allen bezüglichen Entscheidungen nicht auf § 226 gestützt.

Auch ein Notwehrrecht aus § 227 steht der Mutter zum Schutze des Kindes zu. Dies setzt aber auch voraus,

---

[19]) Staudinger 1b § 1634; RGSt. Bd. 8 S. 465, Bd. 10 S. 74, Bd. 22 S. 166; SeuffBl. Bd. 68 S. 357 f., Bd. 72 S. 68; JW. 1905 S. 243 Nr. 13.

[20]) So Blume 7 zu § 1634; RG. in JW. 1907 S. 6 Nr. 6.

daß auf das Kind ein rechtswidriger Angriff verübt wird. Und rechtswidrig ist das Verhalten des Vaters nur, wenn er seine Gewalt mißbraucht (§ 1666).[21])

§ 5.

Das Recht der Mutter auf Verkehr mit ihren Kindern.

Eine weitere Schranke als die nach § 1666 gesetzte steht der elterlichen Gewalt des Vaters entgegen. Er darf die Mutter nicht gänzlich vom Verkehr mit ihren Kindern ausschließen. Es bestehen mannigfache Streitigkeiten darüber, wie dieses Recht der Mutter zu begründen ist und wo es geltend zu machen ist.

I. Es fragt sich zunächst, ob das Recht auf Verkehr mit dem Kinde als Bestandteil der elterlichen Gewalt, und zwar der Sorge für die Person anzusehen ist, oder als ein selbständiges Recht. Bei der Entscheidung dieser Frage ist zu beachten, daß der Begriff der elterlichen Gewalt nach dem BGB. durchaus kein vollständiges Bild aller Rechte und Pflichten gibt, die den Eltern in Beziehung auf die Kinder zustehen. Darauf wurde schon in der Einleitung hingewiesen. Andererseits ist es sicher, daß das Bürgerliche Gesetzbuch gewisse Rechte der Eltern gegenüber den Kindern durch Nichterwähnung oder nur gelegentliche Anführung als selbstverständlich annimmt.

---

[21]) vgl. Blume Anm. 8 u. 9 zu § 1634.

Es kommt hinzu, daß die elterliche Gewalt vom Gesetz genau in ihre Bestandteile zerlegt ist, daß das Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kindern auch dem geschiedenen Elternteil zukommt, der nicht mehr den geringsten Anteil an der elterlichen Gewalt hat. Wie sich aus der Nichterwähnung während Bestehens der Ehe ergibt, hat das Gesetz das im § 1636 Satz 1 erwähnte Recht als selbstverständliche Voraussetzung der Ausübung einer elterlichen Gewalt aufgefaßt. Daraus muß man weiter folgern, daß das Verkehrsrecht ein selbständiges, vom Vorhandensein einer elterlichen Gewalt oder eines Teils derselben unabhängiges Recht ist. Dies Ergebnis ist billig. Denn es folgt daraus, daß § 1634 keine Anwendung finden kann, daß mithin ein Entscheidungsrecht des Vaters in dieser Hinsicht nicht besteht, d. h. also der Ehemann hat hier kein der Frau übergeordnetes Recht, kraft dessen er die Mutter ganz von ihren Kindern abschließen könnte. Aus diesem praktisch gewiß allein richtigen und daher ausschlaggebenden Grunde hat sich auch die h. M. dafür erklärt, das Verkehrsrecht nicht als Bestandteil der elterlichen Gewalt anzusehen.[1]) Jedenfalls zeigt diese Auffassung den einzig möglichen Weg, ein vom Vater unabhängiges mütterliches Recht zu begründen. Auch das Reichsgericht verschließt sich natürlich nicht der Notwendig-

[1]) Planck 8 u. 9 zu § 1634; Staudinger 3 zu § 1634, 4 zu § 1636; Blume 7 zu § 1634; SeuffBl. Bd. 72 S. 95ff.; Dernburg § 74 VIII; Knitschky S. 159.

keit, daß der Mann das Recht der Frau, ihre Kinder zu sehen, nicht verkümmern darf. Eine Begründung kann es aber nicht geben; denn es unterscheidet nicht elterliche Gewalt und selbständiges Recht der Eltern auf den Verkehr mit ihren Kindern.[2]) Es hilft sich damit, daß es behauptet, der Vater könne „natürlich" oder „selbstverständlich" nicht die Mutter ganz von dem Verkehr mit ihren Kindern ausschließen. Konsequent müßte das Reichsgericht aber sagen, daß das Verkehrsrecht der Mutter als Ausfluß der elterlichen Gewalt unter dem ausschlaggebenden Einfluß des Vaters gemäß § 1634 steht, so daß eine völlige Ausschaltung der Mutter sehr wohl möglich wäre, wenn nicht ein Mißbrauch im Sinne von § 1666 gegenüber dem Kinde vorliegen sollte. Diese Folgerung wird natürlich nicht gezogen.

II. Sehr streitig ist weiter, wo die Mutter das Recht auf persönlichen Verkehr mit ihrem Kinde geltend zu machen hat. Man kann das Prozeßgericht, das Vormundschaftsgericht oder beide für zuständig erklären.

Da das Recht auf Verkehr mit den Kindern von uns nicht als Bestandteil der elterlichen Gewalt aufgefaßt wurde, so ist es im Gesetz für die Zeit der bestehenden Ehe gar nicht geregelt. Trotzdem ist nicht zu bezweifeln, daß es ein wirkliches subjektives Recht sein

---

[2]) vgl. z. B. RG. Bd. 66 S. 49; Gruchot Bd. 46 S. 946; JW. 1902 S. 207; ferner auch Kipp § 83 Anm. 30 und die dort Zitierten.

muß. Aus § 1636 Satz 1 läßt sich leicht und unbestritten ein allgemeiner Grundsatz entwickeln. Daß dieser Anspruch auf Gewährung des persönlichen Verkehrs dem Privatrecht angehört, ist ferner kaum zu bestreiten. Denn es handelt sich um Geltendmachung eines Machtfaktors der Mutter, um die Feststellung, daß ihr dies Recht zustehe. Folglich ist das Prozeßgericht zuständig zunächst für die Feststellung, daß der Mutter die bezeichnete Befugnis zukommt.[3]) Die entgegengesetzte Meinung des Reichsgerichts[4]) ist auf sonderbare Art begründet: Das Vormundschaftsgericht sei zuständig, weil für diesen Anspruch nicht ausdrücklich die Zuständigkeit des Prozeßgerichts ausgesprochen sei. Wo wäre das sonst der Fall? Der § 1636 lautet: „Der Ehegatte, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes zusteht, behält die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln". Der Streit rührt daher, daß im § 1636 Satz 2 das Vormundschaftsgericht zur näheren Regelung des Verkehrs berufen ist. Nach § 1636 Satz 1, also in

[3]) Staudinger 7 zu § 1635; Josef im ArchBürgR. Bd. 26 S. 351 Anm. 1; SeuffBl. Bd. 74 S. 121ff.; Engelmann im Recht 1909 S. 563ff.; Kipp S. 319; Wetzel im ArchBürgR. Bd. 26 S. 129; KGJ. Bd. 37 A S. 13ff.; OLG. Bd. 24 S. 25.

[4]) JW. 1908 S. 486; Recht 1908 N. 2680, 2702; RG. Bd. 63 S. 236ff., Bd. 69 S. 94; ebenso KG. in RJA. Bd. 10 S. 100; BayObLG. im Recht 1909 Nr. 2823; OLG. Posen in SeuffArch. Bd. 64 S. 230; OLG. Jena in SeuffArch. Bd. 65 S. 362ff.; OLG. Colmar, Bd. 24 S. 40; Crome im Recht 1909 S. 44ff.

geschiedenen Ehen, ist das Prozeßgericht zuständig, den geschiedenen Ehemann zu verurteilen, den Verkehr der Mutter mit den Kindern zu dulden. Dies ist nach § 1636 allerdings die einzige Tätigkeit des Prozeßgerichts. Es kann auch nicht anders entscheiden; denn es darf der Mutter nicht den Verkehr mit ihren Kindern entziehen. Eine nähere Regelung des Verkehrs, also Zeit und Ort der Besuche der Mutter, hat das Vormundschaftsgericht zu treffen. Es fragt sich, ob diese Bestimmungen auch auf noch bestehende Ehen anzuwenden sind, in denen die Ehegatten getrennt leben. Nach dem Wort des Gesetzes ist diese Ansicht kaum zu begründen. Denn § 1636 Satz 2 ist zweifellos als Ausnahmevorschrift gedacht, so daß § 1636 nur für geschiedene Ehen gelten kann.[5]) Trotzdem ist die Meinung vertreten, daß das Vormundschaftsgericht auch während Bestehens der Ehe ausschließlich für die Regelung des Verkehrs zuständig sei.[6]) Diese Entscheidungen wollen § 1636 Satz 2 ausdehnend auslegen. Das ist eben deshalb sehr bedenklich, weil § 1636 Satz 2 Ausnahmevorschrift ist.[7]) Aber abgesehen von diesem

[5]) vgl. auch Staudinger 5 zu § 1636; Planck 5 zu § 1636; Dernburg § 74 VIII; RG. in JW. 1902 Beil. S. 207; KG. in RJA. Bd. 6 S. 19 ff., im Recht 1905 Nr. 2063, Jahrb. Bd. 29 S. 30, Bd. 30 S. 36; OLG. Bd. 3 S. 41 ff., Bd. 8 S. 349 ff., Bd. 11 S. 294, Bd. 12 S. 342.

[6]) Außer den oben Anm. 4 genannten Entscheidungen vgl. noch RG. Bd. 64 S. 52; KGJ. Bd. 39 A S. 3; Recht 1910 Nr. 263.

[7]) Das gibt auch Crome im Recht 1909 S. 44 ff. zu, der im übrigen aber auch eine ausschließliche Zuständigkeit des Vormund-

durch die Gesetzestechnik gegebenen Grund darf dem Vormundschaftsgericht eine nähere Regelung des Verkehrs zwischen Mutter und Kind aus folgenden Gründen nicht zustehen: bei dem Streit über das Verkehrsrecht handelt es sich um ein Recht des einen Elternteils gegen den anderen, nicht um das Interesse des Kindes.[8]) Aus einem kurzen Besuch der Mutter bei ihren Kindern läßt sich ein nennenswerter Vorteil für letztere nicht herleiten. Es ist ein eigennütziges Elternrecht im Sinne Blumes.[9]) Das Vormundschaftsgericht ist nach § 1666 nur im Interesse des Kindes während Bestehens der Ehe zum Einschreiten berufen. Ferner ist seine Aufsicht, wie es auch ganz natürlich ist, nicht gedacht „als eine regelmäßige organisierte und präventive, sondern als eine nur in Veranlassung besonderer Umstände wirksam werdende, ausnahmsweise eintretende gestattet".[10]) Zugunsten der getrennt lebenden Ehefrau ist eine solche besondere Ermächtigung, die das Vormundschaftsgericht zum Eingreifen beruft, nicht ergangen.[11]) Die fürsorgende Tätigkeit des Vormundschaftsrichters ist bei bloß tatsächlich getrennter Ehe auch gar nicht nötig; denn es

schaftsgerichts annimmt; bei der Begründung begeht er den oben zurückgewiesenen Fehler, die elterliche Gewalt und das Verkehrsrecht zu vermengen; s. gegen seine sonstige Begründung auch Engelmann im Recht 1909 S. 563 ff.

[8]) vgl. Planck 9 zu § 1634; RJA. Bd. 5 S. 226.

[9]) Blume in SeuffBl. Bd. 72 S. 95 ff.

[10]) So Mot. Bd. 4 S. 802; Denkschr. S. 217.

[11]) Josef in SeuffBl. Bd. 74 S. 121 ff.

sind noch beide Eltern da, denen die Pflicht zur Erziehung und Pflege ihrer Kinder obliegt. Bei geschiedener Ehe ist das anders; hier hat nur ein Teil noch die Sorge für die Person des Kindes. Hier fällt also das in der Person des anderen Ehegatten liegende Gegengewicht weg, es muß ersetzt werden durch eine intensivere Aufsicht des Vormundschaftsrichters, der infolgedessen zur näheren Regelung der Rechte des von der Personensorge ausgeschlossenen Elternteiles berufen ist, aber auch hier nicht zur Wahrnehmung des der Mutter vom Vater streitig gemachten Verkehrsrechtes, wie § 1636 Satz 1 ergibt.

Aus diesen Gründen kann also das Vormundschaftsgericht nicht zur näheren Regelung des Verkehrs zwischen Mutter und Kind zuständig sein. Ferner kann auch nicht der Vater kraft seiner ausschlaggebenden elterlichen Gewalt gemäß § 1634 bestimmen, wie, wo und wann die Mutter ihre Kinder sehen und sprechen darf, denn das in Frage stehende Verkehrsrecht wurde von uns als Ausfluß der Blutsverwandtschaft, nicht der elterlichen Gewalt aufgefaßt. Deshalb bleibt gar nichts weiter übrig, als dem Prozeßgericht neben der Entscheidung, daß das Verkehrsrecht der Mutter nicht entzogen werden darf, auch die nähere Regelung dieses Verkehrs zu geben. Daß das Prozeßgericht zu dieser Tätigkeit befähigt ist, ergibt sich aus § 627 ZPO.

Daneben bleibt das Vormundschaftsgericht befugt, von der ihm nach § 1666 zustehenden Möglichkeit Ge-

brauch zu machen. Dies kann jedoch nur geschehen, wenn die Fernhaltung der Mutter von den Kindern zugleich ein Mißbrauch der Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, gegenüber dem letzteren ist. Weil hier ganz verschiedene Gesichtspunkte zu beachten sind, ist es nicht korrekt, von einer doppelten Zuständigkeit für die nähere Verkehrsregelung zu sprechen.[12]) Es werden beide Fälle durchaus nicht immer zusammenfallen.

Zusammenfassend ist zu wiederholen: das Recht auf Verkehr mit ihren Kindern kann der Mutter nicht verkümmert werden. Die Mutter kann klagen beim Prozeßgericht; dieses ist auch zur näheren Regelung des Verkehrs befugt.

---

[12]) Staudinger 3 zu § 1636; Planck 2, 4 zu § 1636; Blume 6 zu § 1636; Knitschky S. 162; Hedemann in JW. 1907 S. 66 ff.; RG. Bd. 24 S. 250; KG. in RJA. Bd. 3 S. 233 ff.; OLG. Bd. 7 S. 65, Bd. 11 S. 296, Bd. 14 S. 250 ff. (Hamburg); RG. in JW. 1905 S. 437; Braunschweig in SeuffArch. Bd. 62 Nr. 235.

II. Die Stellung der Mutter nach § 1685.

§ 6.

Der Gedanke einer wirklichen elterlichen Gewalt tritt noch wirksam darin hervor, daß man der Mutter in Behinderungsfällen des Vaters die elterliche Gewalt übertragen hat, zwar nicht dem Rechte nach, wohl aber der Ausübung nach.[1])

Der Grundgedanke des § 1685 Abs. 1 ist der, daß die Mutter alle Geschäfte besorgen soll, die der Vater sonst zu erledigen hat, also besonders die laufenden Angelegenheiten der Vermögensverwaltung, die meist zu bestimmtem Zeitpunkt vorgenommen werden müssen, wie z. B. das Zinsenzahlen usw. Dieser Sinn des Paragraphen macht es klar, daß die Übertragung der Ausübung der elterlichen Gewalt allein im Interesse des Kindes erfolgt, nicht um der Mutter die ihr gebührende Stellung zu verschaffen. Deshalb bleibt auch die Nutznießung am Kindesvermögen dem Vater. Diese Regelung gilt jedoch nur, solange die Ehe besteht, also auch bei bloß tatsächlich getrennt lebenden Eheleuten.

---

[1]) Über die Unzulässigkeit dieser Unterscheidung s. oben § 3.

Anlaß zu dem Übergang geben folgende Fälle:

1. eine tatsächliche Verhinderung des Vaters. Ob diese länger oder kürzer dauert, macht keinen Unterschied.[2]) In Betracht kommen Krankheit des Vaters, auch physische Unfähigkeit zur Handhabung der elterlichen Gewalt, vor allem Abwesenheit des Vaters. Auch die Verbüßung von Freiheitsstrafen gehört hierher.[3])

2. eine rechtliche Verhinderung des Vaters. Diese liegt vor:

a) wenn der Vater geschäftsunfähig ist (§ 1675 Abs. 1),

b) wenn der Vater beschränkt geschäftsfähig ist (§ 1676 Abs. 2),

c) wenn der Vater infolge körperlicher Gebrechen einen Pfleger erhalten hat (§§ 1676 Abs. 2, 1910 Abs. 1),

d) wenn durch Beschluß festgestellt ist, daß der Vater an der Ausübung seiner väterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist (§ 1677). Dieser Fall ist naturgemäß sehr selten, denn schon die bloß tatsächliche Verhinderung ohne Feststellung des Vormundschaftsgerichts gibt der Mutter dieselben Befugnisse (§ 1685 Abs. 1).

In allen diesen Fällen geht die Pflicht zur Ausübung der elterlichen Gewalt ohne weiteres, sofort mit Eintreten des Hinderungsgrundes auf die Mutter über. Aus dem Grunde, daß allein der Mutter die Ausübung

---

[2]) Blume 2b zu § 1685.

[3]) KGJ. Bd. 31 A S. 53ff.; KG. in OLG. Bd. 17 S. 282.

der elterlichen Gewalt in Behinderungsfällen des Vaters vorbehalten ist, muß man die Bestellung eines Pflegers durch den Vater, z. B. vor einer Reise, für unzulässig halten.[4]) Darauf weist auch § 1687 hin, der eine Einwirkung des Vaters auf die elterliche Gewalt der Mutter nur in der Form der Beistandsbenennung kennt. Und auch diese kann nur durch letztwillige Verfügung erfolgen (§§ 1776, 1777). In allen Fällen unter 1 u. 2 steht der Mutter grundsätzlich die Ausübung der gesamten elterlichen Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung zu. Der Vater hat gegenüber ihren Anordnungen kein vorgehendes Recht mehr, ist sogar von der Ausübung seiner ihm dem Rechte nach noch zustehenden Gewalt kraft Gesetzes ausgeschlossen. Nur in den Fällen unter 2 b u. c ist ihm noch die Ausübung seines Personensorgerechts in beschränktem Umfange gestattet. Seine Meinung in diesen Angelegenheiten steht jetzt hinter der der Mutter zurück. Nach dem Wortlaut des Gesetzes, aber im Widerspruch mit dem Begriff der elterlichen Gewalt muß man annehmen, daß die Mutter nicht eine ihr von Haus aus zustehende Gewalt ausübt — denn eine solche gibt es nicht, wie oben § 3 erörtert —, sondern die elterliche Gewalt des Vaters. Das hat zur Folge, daß sie an Instruktionen des Vaters gebunden ist.[5]) Trotzdem ist sie für die

[4]) And. M. Blume Anm. 2b zu § 1685; wie oben Planck Vorbem. IV; Staudinger II, 1e.

[5]) And. M. Blume Anm. 4 zu § 1685.

Zeit der Behinderung des Vaters gesetzliche Vertreterin des Kindes. Liegen die Voraussetzungen des § 1685 in Wahrheit nicht vor, so hat die Mutter als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt und die §§ 177 ff., 677 ff. finden Anwendung.[6]) Für Dritte ist das Vorliegen der Voraussetzungen und damit die Vertretungsmacht der Mutter schwer erkennbar. Das läßt sich aber nicht vermeiden.

Nicht in allen Fällen ist die Mutter fähig, die Gewalt auszuüben.[7]) Zu berücksichtigen sind dabei gemäß § 1686 zunächst dieselben Umstände, die auch die Ausübung der elterlichen Gewalt durch den Vater unmöglich machen, also tatsächliche Verhinderung ihrerseits, Ruhen ihrer Fürsorge für die Person des Kindes. Ferner kommen noch die Gründe hinzu, die bei der Mutter speziell die Ausübung der elterlichen Gewalt ausschließen, so ihre Minderjährigkeit (§ 1696); der Fall der Wiederverheiratung (§ 1697) kommt natürlich nur für § 1685 Abs. 2 in Frage.

Die mütterliche Gewaltstellung ist zu Ende, sobald der Behinderungsgrund in der Person des Vaters behoben ist. Sie endet ohne weiteres kraft Gesetzes.

---

[6]) vgl. Staudinger 6 zu § 1685.

[7]) Planck 7; Staudinger 7; Nußbaum in DJZ. 1899 S. 413; Heinrici in DJZ. 1906 S. 1086 ff.

III. Die elterliche Gewalt der Mutter nach § 1684.

§ 7.

I. Nach der Auffassung des Gesetzes kann die elterliche Gewalt der Zuständigkeit nach nicht auf die Mutter übergehen, solange die Ehe besteht.

1. Ist die Ehe durch den Tod des Vaters aufgelöst, so geht die Gewalt ohne weiteres auf die Mutter über, sie braucht nicht erst zum Vormund bestellt zu werden wie vor 1900 und steht auch sonst genau so da wie der Vater während seiner vollen Gewalt, nicht unter der strengen Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, wie sie über den Vormund ausgeübt wird. Das ist die wichtigste Neuerung, die das Bürgerliche Gesetzbuch in die elterliche Gewalt gebracht hat. Freilich ist das nur Anerkennung eines Zustandes, der uns heute schon ganz selbstverständlich erscheint. Das Gesetz vermeidet den Ausdruck „Übergang der elterlichen Gewalt". Damit soll angedeutet werden, daß die elterliche Gewalt, so wie sie der Mutter nach dem Tode des Vaters zusteht, unabhängig sein soll von ihrem Umfange beim Vater. Wenn also irgendein Bestandteil der elterlichen Gewalt dem Vater bei seinem Tode nicht mehr zustand,

so entsteht die elterliche Gewalt trotzdem bei der Mutter wieder in voller Stärke.[1]) Eine angeordnete Pflegschaft oder Vormundschaft ist aufzuheben.

2. Dem Tode des Vaters hat man seine Todeserklärung gleichgestellt. In dem Augenblick, wo der Vater nicht mehr in der Lage ist, seine elterliche Gewalt auszuüben, liegt eine tatsächliche Verhinderung vor, die durch gerichtliche Feststellung zu einer rechtlichen, dem Ruhen, werden kann. Schon von diesem Zeitpunkt an übt daher die Mutter die elterliche Gewalt aus gemäß § 1685. Nach § 1685 Abs. 2 wird der Mutter das Zustehen der elterlichen Gewalt auf den Augenblick zurückdatiert, der im Urteil (§ 18) als Zeitpunkt des Todes festgestellt ist. Die Mutter hat also die elterliche Gewalt dem Rechte nach schon zu einer Zeit, wo sie es noch gar nicht weiß. Praktisch hat diese Zurückdatierung nur Bedeutung für die Nutznießung. Denn diese stand der Nutznießung der Mutter nach § 1684 noch nicht zu, während sie alle anderen Funktionen, die aus der elterlichen Gewalt entspringen, schon vorher gemäß § 1685 versehen hat. Da der Tod des Vaters nur vermutet wird, so ist es ihm leicht gemacht, seine elterliche Gewalt wiederzuerlangen. Dies geschieht durch bloße Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht (§ 1679 Abs. 2). Damit endigt die elterliche Gewalt der Mutter.

---

[1]) Auch wenn der Vater auf die Nutznießung verzichtet hat, steht sie der Mutter zu. Blume Anm. 3 zu § 1685.

Dieser Fall der unrichtigen Todeserklärung des Vaters ist die einzige vom Gesetz anerkannte Möglichkeit, wo die Mutter während Bestehens der Ehe die volle elterliche Gewalt dem Rechte nach hat; denn durch die Todeserklärung wird die alte Ehe nicht aufgelöst, sondern erst durch die Wiederverheiratung der Mutter (§ 1348 Abs. 2). Vom Augenblick der Eingehung einer neuen Ehe an verliert aber die Mutter ihre elterliche Gewalt wieder (§ 1697) mit Ausnahme der Personensorge, die sie neben dem nach § 1773 zu bestellenden Vormund ausübt. Dieser hat insoweit nur die Stellung eines Beistandes (§§ 1696 Satz 2, 1697), d. h. ihre Meinung geht vor. Kehrt der für tot Erklärte zurück und erlangt die elterliche Gewalt durch Erklärung gemäß § 1679 Abs. 2 wieder, nachdem die Mutter die zweite Ehe eingegangen hat, so erhält er die elterliche Gewalt wieder, die Personensorge jedoch nicht in vollem Umfange. Denn nach § 1637 gelten die Vorschriften des § 1635, wie wenn die Ehe geschieden und beide für schuldig erachtet sind, d. h. die Fürsorge in persönlichen Angelegenheiten steht dem Vater nur über die über 6 Jahre alten Söhne zu, über die jüngeren Söhne und die Töchter übt die Mutter allein die Personensorge aus.[2])

---

[2]) And. M. Planck 1b; Staudinger 1b, die § 1937 übersehen und daher die Personensorge der Mutter allein überlassen wollen. Wie hier Blume 2a; Kipp S. 327 VII; unrichtig auch Knitschky S. 246, der einen Vormund bestellen will.

3. Hat der Vater während Bestehens der Ehe seine ganze elterliche Gewalt oder einen Bestandteil derselben verwirkt (§ 1680) oder ist ihm nach § 1666 die Sorge für die Person, nach § 1667 mit § 1670 die Vermögensverwaltung entzogen, so tritt in der Gewaltstellung der Mutter gar keine Veränderung ein. Sie erhält die elterliche Gewalt des Vaters weder der Ausübung noch dem Rechte nach. Diese Zurücksetzung der Frau ist kaum gerechtfertigt. Die Begründung in den Motiven ist nicht besonders glücklich. Man stützt sich darauf, daß die Frau während der Ehe zu sehr unter dem Einfluß ihres Mannes stände und deshalb nicht die genügende Gewähr biete, daß die Kinder von ihr besser als durch den gemaßregelten Vater erzogen würden.[3]) Es dürfte aber ein unverdientes Vorurteil sein, deshalb der Mutter ihre Gewalt zu nehmen, für die Kinder einen Vormund nach § 1773 zu bestellen, und zwar auch für persönliche Angelegenheiten, neben dem die Mutter nur die untergeordnete Stellung des § 1634 hat (§ 1698). Es ist immer noch besser, der Mutter wenigstens versuchsweise — man kann ja immer gemäß § 1666 einschreiten — die Personensorge zu übertragen, als die Kinder einem Vormund anzuvertrauen. Daß die Mutter wegen der Handlungen ihres Mannes derartig zurückgesetzt werden soll, ist entschieden zu mißbilligen, besonders wo das Vormundschaftsgericht jederzeit die Mittel in der

---

[3]) Mot. bei Haidlen S. 494, 580.

Hand hat, der Mutter die Fürsorgegewalt zu entziehen, wenn die Befürchtung einer Beeinflussung eintritt (§§ 1666, 1686). Als weiteren Grund hat man ausgeführt, daß der eheliche Frieden gestört würde, wenn die Frau die Befugnisse des Mannes während Bestehens der Ehe ausübt, die diesem entzogen sind oder die er verwirkt hat.[4]) Was wichtiger ist, den ehelichen Frieden des Mannes zu hüten, der die ihm anvertraute Gewalt über seine Kinder mißbraucht hat, oder die Mutter das wieder gutmachen zu lassen, was der Vater verbrochen hat, kann wohl nicht zweifelhaft sein.

II. Die vom Gesetz aufgestellte Scheidung von elterlicher Gewalt der Zuständigkeit nach und elterlicher Gewalt der Ausübung nach äußert sich in Beziehung auf den Erwerb der Mutter nach § 1684 folgendermaßen: Die Mutter erlangt die elterliche Gewalt auch, wenn in ihrer Person ein Hinderungsgrund vorliegt, jedoch ist die Ausübung der überkommenen Rechte und Pflichten gehemmt.[5]) Ein Übergang nach § 1685 kann im Falle der Verhinderung der Mutter dagegen nicht stattfinden.[6]) Die Hinderungsgründe in der Person der Mutter sind dieselben wie beim Vater (§ 1686). Es kommen noch andere hinzu, die in der Rechtsstellung der Frau begründet sind.

---

[4]) Mot. S. 806, 814.

[5]) Planck 4, Blume 4 zu § 1684.

[6]) s. oben § 6; Kipp S. 328.

1. Da das Ehemündigkeitsalter der Frau 16 Jahre beträgt (§ 1303), andererseits aber das BGB. sich dem Satz angeschlossen hat, daß Heirat nicht mündig macht, so war es nötig, den Zeitabschnitt bis zur Volljährigkeit der Mutter für die Fälle der §§ 1684 u. 1685 einer besonderen Regelung zu unterwerfen. Für den Fall des § 1634 erübrigt sich dies; denn neben dem Vater steht ja auch der volljährigen Mutter nur die Sorge in persönlichen Angelegenheiten ohne Vertretungsmacht zu. Diese Befugnis kann aber die minderjährige Mutter schon in derselben Weise ausüben wie die volljährige. Die der minderjährigen Mutter nach § 1684 zustehende Gewalt ruht (§ 1696), mit Ausnahme der Personensorge. Die Nutznießung steht jedoch auch der minderjährigen Mutter zu (§ 1678 mit § 1686). Für die übrigen Angelegenheiten ist ein Vormund zu bestellen (§§ 1773, 1633). In allen Sachen, die die Personensorge angehen, hat der Vormund nur die Stellung eines Beistandes, d. h. die Mutter soll sich bei ihm Rat holen,[7]) er soll sie überwachen und unterstützen (§ 1696 mit § 1689). Aber ihre Ansicht entscheidet. Schwierigkeiten können entstehen in Angelegenheiten, die zunächst der Sorge für die Person angehören, aber wegen der nötigen Geldmittel auch die Genehmigung des Vormundes erfordern. Wollte man hier schlechthin die Meinung des Vormunds entscheiden lassen, so läge darin eine starke Beschränkung der

[7]) Mot. S. 798; Planck Vorbem. III zu § 1684.

Mutter. Andererseits ist es natürlich ausgeschlossen, der Mutter das Vorrecht zu geben. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als die Entscheidung des Vormundschaftsrichters anzurufen. Die Handhabe hierzu bietet § 1629, der in analoger Anwendung zum gewünschten Ergebnis führt.[8])

2. Hat der Vater nach Auflösung der ersten Ehe wieder geheiratet, so ändert das an seiner elterlichen Gewalt nichts. Anders bei der Mutter. Diese verliert ihre Gewalt, die sie nach § 1684 oder § 1685 erworben hat mit Ausnahme der Personensorge. Zur Begründung gibt man an, daß die Mutter jetzt unter dem Einfluß eines den Kindern der ersten Ehe fremden Mannes diesen anders gegenüberstehe als bisher.[9]) Die Regelung erscheint nicht ganz befriedigend.[10]) Jedenfalls darf aber das Recht der Mutter, ihre Einwilligung zur Heirat ihrer minderjährigen Tochter zu geben (§ 1621 Abs. 1), nicht anders geregelt sein als die elterliche Gewalt. Heute steht dies Recht aber außerhalb der elterlichen Gewalt, und daher hat es die Mutter auch ohne die elterliche Gewalt.

---

[8]) Ebenso Planck 2c; Blumé 2; Staudinger 2d; Endemann § 221 Anm. 18; Kipp S. 326 Anm. 14; KG. in RJA. Bd. 8 S. 9ff.; OLG. Bd. 14 S. 248ff.

[9]) Mot. S. 833ff.

[10]) Die Mutter kann zum Vormund bestellt werden (Komm. d. RGRäte S. 281). Dies unterliegt jedoch Schwierigkeiten; denn nach der Berufsordnung geht ihr der Großvater vor (§§ 1776, 1778 Abs. 3).

Entsprechend der verschiedenartigen Stellung, in der das Kind zu seinem Stiefvater oder seiner Stiefmutter steht, müßte die elterliche Gewalt in jedem einzelnen Falle geregelt werden. Eine einheitliche Ordnung aller in Betracht kommenden Fälle erscheint daher bedenklich: In der einen Familie dürften die Kinder ihrer Mutter nicht entfremdet werden und müßten deshalb ihrem Stiefvater genähert werden, während es in einem anderen Falle nötig sein kann, die Beziehungen der Kinder zur Mutter und zu ihrem Stiefvater auf ein Mindestmaß zu beschränken. Die ausgleichende Tätigkeit des Vormundschaftsrichters hat hier ein weites Arbeitsfeld vor sich.[11]) Nach § 1697 steht dem Vormund auch die Personensorge zu, aber nur in der Rolle eines Beistands mit den oben unter 1 entwickelten Rechten.

Weil die Mutter die elterliche Gewalt durch ihre Heirat „verloren" hat und nicht bloß eine Hemmung für die Dauer der neuen Ehe vorliegt, so erlangt sie die elterliche Gewalt nicht von selbst wieder,[12]) wenn die neue Ehe aufgelöst wird.

[11]) Einen Fall, wo der Mutter die Personensorge entzogen ist, weil sie ihr Kind erster Ehe nicht vor Bedrückungen des Stiefvaters schützte: KG. in OLGRspr. Bd. 10 S. 1 f.

[12]) Planck 3, Staudinger 4, Blume 2 zu § 1697; Neumann II, 2c zu § 1669; Dernburg § 83 Anm. 5; Knitschky S. 264; Opet S. 308; Salinger in PosMSchr. 1899 S. 35; derselbe im ZBlFG. Bd. 2 S. 107; Kipp S. 331; KG. in DJZ. 1900 S. 166, Jahrb. Bd. 29 A S. 31 ff., OLG. Bd. 9 S. 458 ff.; OLG. Chemnitz im SächsArch. Bd. 10 S. 193, Mainz, ZBlFG. Bd. 1 S. 137, Dresden in Ann. Bd. 22 S. 147.

III. In einigen Fällen, wo weder die elterliche Gewalt noch deren Ausübung auf die Mutter übergeht, muß dem Kinde ein Vormund oder Pfleger bestellt werden (§ 1698). In Betracht kommen:

1. Wenn während bestehender Ehe dem Vater die Gewalt nach § 1666 entzogen ist oder er sie verwirkt hat, so findet kein Übergang auf die Mutter statt (s. oben II, 3).

2. Wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht und die Ehe aufgelöst ist, so soll die Mutter nicht in die entstandene Lücke einspringen (§ 1685 Abs. 2), weil das Ruhen der elterlichen Gewalt ein vorübergehender Zustand ist und nach § 1671 jederzeit wieder aufgehoben werden kann; der häufige Wechsel in der elterlichen Gewalt sei für die Person des Kindes schädlich.[13]) Man sollte aber denken, daß die Mutter auch nach Auflösung der Ehe ihren Kindern noch nahe genug stände, um den rechtlich verhinderten Vater zu ersetzen. Die Bedenken, daß dies nur für kurze Zeit geschehen könne und der rasche Wechsel dem Kinde unzuträglich sei, sprechen in derselben Weise auch gegen die Vormundsbestellung. Es kommt aber noch hinzu, daß der umständliche Apparat einer Vormundsbestellung in Bewegung gesetzt werden muß, was oft so lange dauern kann, daß die Behinderung des Vaters schon wieder behoben ist. Der Regelung des Gesetzes ist also zu widersprechen.

---

[13]) Prot. bei Haidlen S. 520f.; Kipp S. 326 III.

3. Wenn dem Vater nach § 1666 Abs. 1 die Fürsorge in persönlichen Angelegenheiten während Bestehens der Ehe entzogen ist, so muß für diesen Geschäftskreis ein Pfleger bestellt werden (§ 1909).

In diesen Fällen wäre es unbillig, die Stellung der Mutter zu verschlechtern.[14]) Zum mindesten müssen ihr die Rechte zustehen, die sie neben dem Vater hat. Deshalb stellt sie § 1698 neben den Vormund genau so wie § 1634 neben den Vater, d. h. ihre Meinung muß der des Vormunds weichen. Neben dem Vater wurde diese Unterordnung als gerechtfertigt, wenn auch manchmal als für die Mutter etwas hemmend bezeichnet. Neben dem fremden Vormund aber gibt diese untergeordnete Stellung ein Mißtrauensvotum für die Fähigkeiten der Mutter ab. Man hätte ihr unter der Schranke des § 1666 die ganze Personensorge anvertrauen können, wenigstens aber das Entscheidungsrecht geben müssen wie in § 1696. Doch hängt das mit der oben als mißlungen bezeichneten Regelung der §§ 1685, 1684 zusammen.[15]) Als schwaches Hilfsmittel gegen die Willkür des Vormunds steht der Mutter die Möglichkeit zu, gemäß §§ 1837 u. 1886 das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts zu veranlassen, das aber schon von Amts wegen oder auf Antrag des Gemeindewaisenrats erfolgen muß (§ 1675).

---

[14]) So Staudinger 1 zu § 1698; Planck 1 zu § 1698.

[15]) s. oben I, 3 u. III, 1 b.

§ 8.

Der Beistand.

Mißtrauen[1]) gegen die Fähigkeiten der Mutter hat zur Einführung des Instituts der Beistandschaft geführt.

I. Die Fälle, in denen vom Amtsgericht ein Beistand zu bestellen ist, sind genau geregelt.[2]) Dann muß aber auch die Bestellung erfolgen, weil sich sonst der Vormundschaftsrichter unter Umständen nach §§ 1674, 839 Abs. 1, 3 verantwortlich machen kann.

1. Der Vater kann letztwillig durch Testament (§ 1776) die Bestellung anordnen (§ 1687 Nr. 1).[3]) Voraussetzung ist, daß dem Vater zur Zeit seines Todes die elterliche Gewalt zusteht oder wenigstens derjenige Bestandteil der elterlichen Gewalt, für den er einen Beistand benennt. Also noch nach dem Tode wirkt die Vorrangstellung des Vaters fort. Weil das Recht der Beistandsbenennung nach § 1776 von der elterlichen Gewalt abhängig ist, kann die Mutter sich nicht gegen die Bestellung des Beistands wehren, wenn sie der Vater bestimmt hat (§ 1634).

2. Sehr praktisch ist die Einrichtung, daß das Vormundschaftsgericht einen Beistand ernennen muß, wenn

---

[1]) Mot. S. 797 f.

[2]) Dresden im ZBlFG. Bd. 6 S. 417.

[3]) Dies Recht wird damit begründet, daß der Vater am besten imstande ist, die Fähigkeiten der Mutter zu beurteilen. Vgl. Mot. S. 798.

es die Mutter beantragt (§ 1687 Nr. 2).[4]) Fraglich ist, ob man die Mutter dazu zwingen kann, den Antrag zu stellen, z. B. wenn ihre Kräfte den Aufgaben einer umfangreichen Vermögensverwaltung nicht gewachsen sind. Diese Frage wird zu bejahen sein.[5]) Meist kommt man mit der Vorschrift des § 1687 Nr. 3 aus.

3. Als letzten Fall erwähnt § 1687 Nr. 3 die von Amts wegen erfolgende Bestellung eines Beistandes bei schwieriger Vermögensverwaltung und sonstigem Interesse des Kindes. Die Anordnung kann auch gegen den Willen der Mutter erfolgen. Jedoch muß man fordern, daß die Mutter tatsächlich außerstande ist, die Geschäfte allein zu führen.[6])

II. Der Wirkungskreis des Beistandes hängt von seiner Bestellung ab (§ 1688). Er kann für einzelne Angelegenheiten, z. B. die Vermögensverwaltung oder auch für alle Angelegenheiten bestellt werden. Seine Haupttätigkeit beruht darin, die Mutter zu unterstützen. Nebenbei hat man ihn auch zu einem Kontrollorgan gemacht; in dieser Hinsicht gleicht er dem Gegenvormund (§ 1694). Dies sieht man auch an der Art seiner Tätigkeit; denn bei allen Rechtsgeschäften, zu denen ein Vormund der Genehmigung des Vormundschafts-

---

[4]) Planck 1b; Staudinger II, 2.

[5]) Dafür und für Haftung der Mutter nach § 1664 mit Gründen Samter in DJZ. 1904 S. 1020f.; Kipp S. 328f Anm. 3.

[6]) KG. in OLG. Bd. 7 S. 77f.; BayObLG. im Recht 1903 S. 155, 807, 1904 S. 822.

gerichts oder des Gegenvormunds bedarf, muß die Mutter seine Genehmigung einholen, also in den Fällen der §§ 1821 ff., 1812 f. Bei den Geschäften, zu denen der Vater und gemäß § 1686 auch die Mutter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (§§ 1643, 1821 Abs. 1 Nr. 1—3 u. Abs. 2, § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8—11), ist seine Genehmigung weder erforderlich noch genügend. Nach § 1690 Abs. 2 kann das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung ersetzen.[7]) Schließt die Mutter Geschäfte ohne die nötige Genehmigung, so sind Verträge in der Schwebe, einseitige Rechtsgeschäfte unwirksam (§§ 1829 Abs. 1, 1831, 1690 Abs. 1). Für Dritte ist es schwer zu erkennen, ob ein Beistand da ist oder nicht. Da die Beistandsbestellung nach der Regelung des Gesetzes Ausnahme ist, so wird man von der Vermutung ausgehen können, daß kein Beistand bestellt ist, und der Mutter für sein Vorhandensein den Beweis aufbürden.[8])

Im Regelfall bleibt die Mutter gesetzliche Vertreterin neben dem Beistand. Nur wenn dieser auf Antrag der Mutter zum Zwecke der Vermögensverwaltung bestellt ist, wird er gesetzlicher Vertreter (§ 1693). Man muß aber annehmen, daß auch der für alle Angelegenheiten bestellte Beistand die Vermögensverwaltung zu besorgen

---

[7]) Auch von vornherein kann sich die Mutter an das Vormundschaftsgericht wenden, ohne den Beistand zu fragen; Staudinger 2, Blume 3 zu § 1690; and. M. Planck 2.

[8]) Staudinger 7 zu § 1690; Crome S. 533.

hat; das ergibt sich aus § 1691;[9]) dieser hat dann nicht die Stellung des gesetzlichen Vertreters; die Sondervorschrift des § 1693 findet keine Anwendung, wohl aber gilt § 1691 für die Anlegung von Kindesvermögen. Demnach hat die Mutter das Kindesvermögen, wenn keine Beistandschaft oder doch keine für die Vermögensverwaltung besteht, ebenso wie der Vater nach §§ 1642, 1686 mündelsicher anzulegen; ist ein Beistand nach § 1691 da, so hat auch die Mutter die Anlage vorzunehmen, aber nur so, daß zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Beistandes oder des Vormundschaftsgerichts nötig ist (§§ 1809, 1810). Im Falle des § 1693 hat der Beistand das Geld anzulegen, die Mutter rückt insoweit in die Rolle des Gegenvormunds. Aus dieser Stellung der Mutter neben dem außerordentlichen Beistand des § 1693 ergibt sich, daß ein besonderer Gegenvormund nicht mehr zu bestellen ist;[10]) seine Funktionen versieht die Mutter. Die Nutznießung, die im allgemeinen als Entgelt für die mit der Vermögensverwaltung verbundene Mühe angesehen wird, bleibt auch im § 1693 der Mutter und regelt sich nach § 1656.

---

[9]) And. M. Cohen in DJZ. 1907 S. 183f.; wie oben Staudinger 5 zu § 1691; Pogge in DJZ. 1907 S. 710; OLG. Hamburg im ZBlFG. Bd. 2 S. 889.

[10]) And. M. Blume 3b zu § 1693; wie oben Planck 2d; Staudinger 2g; Kipp S. 330 Anm. 11; KG. in OLGRspr. Bd. 23 S. 404f.

Ist die Mutter verpflichtet, ein Inventar zu errichten,[11]) so muß der Beistand zugezogen werden (§ 1693). Gimmerthal[12]) befürwortet, daß jeder Beistand ohne Rücksicht auf seinen Geschäftskreis zuzuziehen ist, weil das Inventar der Information des Beistandes dienen solle und diese für jeden Beistand nützlich sei. Da sich jedoch dadurch eine bei der Bestellung nicht berücksichtigte Erweiterung der Rechte und Pflichten des Beistandes ergibt, muß man wohl durch Anwendung von § 1688 einschränkend in § 1692 hineininterpretieren: „soweit es in seinen Geschäftskreis fällt".[13])

Die Beistandschaft, auch die nach § 1693, endigt, wenn die elterliche Gewalt der Mutter erlischt.[14]) Das ergibt sich aus der akzessorischen Natur des Beistandes.

§ 9.

Die Mutter nach Scheidung.

Im § 1684 ist die Rede davon, daß die Ehe durch Wegfall des einen Ehegatten aufgelöst wird oder der

---

[11]) So nach §§ 1640, 1667 Abs. 2, 1669.

[12]) ArchBürgR. Bd. 29 S. 301 ff.; ebenso Spahn S. 126; Matthiaß Bd. 2 § 108 II Bc.

[13]) So die herrschende Meinung: Planck 2; Blume 2; Staudinger 3a; Neumann 1; Dernburg § 84 III, 4; Opet S. 314 Anm. 43; Fränkel S. 162.

[14]) Blume 4c zu § 1694; Staudinger 2c zu § 1694, 1a zu § 1695; Neumann 6b; Kipp S. 330 Anm. 13. And. M. Planck 4; Crome § 612 Anm. 68.

Vater sich durch sein Verschulden der elterlichen Gewalt unwürdig zeigt. Im § 1685 handelt es sich um Verhinderungsfälle nach Auflösung der Ehe. Es bleibt also noch zu betrachten, daß die Ehe geschieden wird, während beide Ehegatten zur Ausübung der elterlichen Gewalt fähig sind. Deshalb scheidet von der Regelung des § 1635 der Fall aus, daß die Ehe wegen Geisteskrankheit des einen Teiles geschieden wird.

Gibt die Geisteskrankheit des Mannes den Anlaß zur Ehescheidung, so bleibt ihm die elterliche Gewalt; sie ruht aber (§ 1676 Abs. 1); nach § 1685 Abs. 2 kann sich die Mutter die Ausübung der elterlichen Gewalt übertragen lassen, wodurch sie auch die Nutznießung erlangt. Geisteskrankheit ist immer eine dauernde Verhinderung; denn die Scheidung deshalb erfolgt nur, wenn die Krankheit während der Ehe mindestens 3 Jahre gedauert hat und eine Aussicht auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft, deren Voraussetzung die Wiedergenesung ist, ausgeschlossen ist (§ 1569).

Wird die Ehe wegen Geisteskrankheit der Frau geschieden, so ruht nach § 1676 Abs. 1 der ihr zustehende Bestandteil der elterlichen Gewalt, die Personensorge; diese wird dann allein vom Vater ausgeübt

I. Wir haben es im § 1635 nur damit zu tun, daß die Ehe wegen Verschuldens aufgelöst wird, sei es des Vaters allein, der Mutter allein, oder beider. Der Regelung der elterlichen Gewalt in geschiedenen Ehen liegt

die Idee zugrunde, daß die Ehescheidung auf das Verhältnis der Kinder ohne Einfluß sein soll. Nur in der Fürsorge für die Person muß notwendig eine Änderung eintreten. Diese kann nach Auflösung der Ehe nicht mehr beiden gemeinsam zustehen. Denn die Vorschrift des § 1634 geht von einem gemeinsamen Haushalt der Eheleute aus. Die elterliche Gewalt bleibt beim Vater, auch wenn er schuldig ist (Anm. 1).[1]) Zur Neuverteilung der Sorge für die Person des Kindes hat man sich einem Verschuldensprinzip angeschlossen. Dies versagt naturgemäß, wenn beide Ehegatten schuldig sind. In diesem Falle entscheidet das Geschlecht des Kindes, innerhalb desselben sein Alter. Wenn also der Vater im Scheidungsurteil für allein schuldig erklärt wird, so geht mit der Rechtskraft des Urteils die Personensorge allein auf die Mutter über. In dieser Regelung zeigt sich wieder, daß der Mutter während der Ehe keine elterliche Gewalt, auch keine ruhende, zusteht; denn sie wäre sonst als unschuldiger Teil ebensosehr zur Erlangung der ganzen elterlichen Gewalt berechtigt wie der schuldige Vater. Solange als irgend möglich soll der Vater alleiniger Inhaber und Verweser der elterlichen Gewalt sein. Man erkennt wieder den öfters erwähnten Grundsatz, daß das Verhältnis der Ehegatten untereinander unabhängig von dem Verhältnis zu den Kindern behandelt werden soll. Ist die Mutter der

---

[1]) s. dazu oben § 3.

allein schuldige Teil, so ist sie gänzlich von der elterlichen Gewalt ausgeschlossen und nur auf das Verkehrsrecht aus § 1636 beschränkt. Diese Regelung ist, mit der Stellung des Vaters im gleichen Fall verglichen, entschieden zu hart für die Mutter; denn sie bedeutet fast eine völlige Zerreißung des natürlichen Bandes zwischen Mutter und Kind. Der schuldige Vater dagegen steht durch die ihm zustehenden Aufgaben immer noch im engen Zusammenhang mit dem Kinde. Daß die für diese Ehe nicht geeignete Frau auch eine schlechte Mutter ist, mag manchmal zutreffen, ist aber sicher nicht die Regel. So weit hätte man das Prinzip der Vorrangstellung des Mannes in der Familie nicht führen dürfen. Auch die geschiedene schuldige Frau hat ein natürliches Anrecht darauf, ihren Kindern nicht ganz entfremdet zu werden. Gerade der Grundsatz von der prinzipiellen Unabhängigkeit der elterlichen Gewalt und des Eheverhältnisses hätte in konsequenter Durchführung hier viel Gutes tun können. Liegt in der Person beider Eheleute ein Scheidungsgrund vor, und sind deshalb beide für schuldig erklärt worden, so steht der Mutter die Sorge für die Person der Töchter und der Knaben unter 6 Jahren, dem Vater für die über 6 Jahre alten Knaben zu. Diese Regelung ist zweckmäßig und hätte in dem eben erwähnten Fall der allein schuldigen Mutter als Vorbild dienen können.

Die Anordnung des § 1635 tritt ohne weiteres in Kraft. Ausnahmsweise kann das Vormundschaftsgericht

eine andere Ordnung vornehmen aus besonderen Gründen — dies braucht nicht gerade eine Verfehlung des berechtigten Elternteiles zu sein [2]) — und im Interesse des Kindes. Hier ist der Eingriff des Vormundschaftsgerichts berechtigt. Nicht aber bei bestehender Ehe. Fraglich ist, was das Vormundschaftsgericht anordnen und inwieweit es hierdurch eine Beschränkung der elterlichen Gewalt hervorrufen kann.

Wenn wir davon ausgehen, daß die Ehescheidung an der Verteilung der elterlichen Gewalt prinzipiell nichts ändert und § 1635 infolgedessen nur eine Neuverteilung der Fürsorge für die Person vornimmt, so kommt man konsequent zu dem Schluß, daß auch die anderweite Regelung des Vormundschaftsgerichts sich nur auf die Personensorge beziehen kann.[3]) Das ist auch zutreffend; bezüglich der anderen Teile der elterlichen Gewalt, die in jedem Falle dem Vater zustehen, bleibt das Vormundschaftsgericht auf die gewöhnlichen Mittel (§§ 1667 ff.) beschränkt; dabei ist der Gesichts-

---

[2]) s. auch Blume 4aβ zu § 1635; Beispiele RG. Bd. 46 S. 168 ff.; KG. in OLGRspr. Bd. 9 S. 457, Bd. 10 S. 287, Bd. 11 S. 292, Bd. 21 S. 260; BayObLG. Bd. 7 S. 73, Bd. 11 S. 768 ff.; OLG. Kolmar Bd. 16 S. 225, Bd. 18 S. 277 f.; OLG. Hamburg Bd. 21 S. 260; OLG. Dresden in DJZ. 1904 S. 413; OLG. Darmstadt im ZBlFG. Bd. 3 S. 119 ff., Recht 1910 Nr. 2843, 1911 Nr. 755, 2441, 3195; vgl. Kipp S. 317 Nr. 3 u. Anm. 19.

[3]) Ebenso Planck 2; Blume 4b; Staudinger 2; Kipp S. 318; Knitschky S. 155 Anm. 1; and. M. Opet S. 323.

punkt der Bestrafung des Berechtigten maßgebend, für die anderweitige Regelung nach § 1635 Satz 2 aber nur das Interesse des Kindes, ohne daß in der Person des Berechtigten ein Grund vorzuliegen braucht.

Da § 1635 Satz 2 sich nur auf die Personensorge bezieht, so ist es auch nicht schwer, eine Entscheidung zu finden, was das Vormundschaftsgericht anordnen kann. Es kommt in Betracht, die Kinder dem schuldigen Ehegatten zuzuführen, diesem also die Personensorge wieder anzuvertrauen oder sie anderweitig unterzubringen. Letzteres ist aber nach § 1666 nur zulässig, wenn dem Berechtigten die elterliche Gewalt entzogen ist, also ein Verschulden den Kindern gegenüber auf seiner Seite vorliegt. Deshalb muß man dabei bleiben, daß die anderweitige Regelung des Vormundschaftsgerichts nur darin bestehen kann, dem schuldigen Ehegatten die Personensorge zu übertragen.[4])

Bei der Neuverteilung ist zu berücksichtigen, ob etwa dem an der Scheidung schuldigen Elternteil die Personensorge schon entzogen war oder er sie verwirkt hat.[5]) Dann ist eine anderweitige Regelung ausgeschlossen. Die Kinder müssen bei dem Elternteil bleiben, dem nach dem Scheidungsurteil die Sorge in persönlichen Angelegenheiten zusteht, auch wenn dies nicht in ihrem

---

[4]) So Planck 4b; Blume 4b; Staudinger 1cβ; Neumann 4; Fischer-Henle 5; Knitschky S. 155; and. M. Opet S. 323 Anm. 6; Fränkel S. 134; KGJ. Bd. 42 A S. 27 f.

[5]) Blume 1c.

Interesse ist. Erst wenn ein Entziehungsgrund in der Person des Berechtigten vorliegt, kann eine Überweisung an Dritte erfolgen.

Da die nach § 1635 oder durch Anordnung des Vormundschaftsgerichts zuerteilten Rechte zugleich Pflichten sind, ist eine Regelung seitens der Parteien durch Vertrag nicht möglich. Die trotzdem getroffenen Vereinbarungen über Aufenthalt, Art der Erziehung usw. sind rechtlich nicht erzwingbar.[6]) Freilich werden sich die Eltern meist an den beschlossenen Inhalt halten, ohne den Schutz des Gerichts in Anspruch zu nehmen.

Bei Konflikten zwischen der Mutter, der die Personensorge zusteht, und dem Vater, der die Vermögensangelegenheiten wahrzunehmen hat, muß in einer beide Gebiete berührenden Sache das Vormundschaftsgericht entscheiden; denn die bevorrechtigte Stellung des Vaters ist nicht mehr da (Analogie von § 1629).[7])

II. Haben die Ehegatten nicht auf Scheidung, sondern auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geklagt und ist ein derartiges Urteil ergangen (§ 1575),

---

[6]) Planck 15; Blume 6; Staudinger 8; Kuhlenbeck 3; Opet S. 322; Müller in SeuffBl. Bd. 66 S. 28; RG. Bd. 60 S. 266 ff.; JW. 1903 Beil. S. 63; OLG. Bd. 10 S. 286 ff.; SeuffArch. Bd. 58 Nr. 215, Bd. 59 S. 71, Bd. 60 S. 148; RG. in GruchotsBeitr. Bd. 50 S. 999; KG. im Recht 1904 S. 604, 1905 S. 165; Lizius S. 68; Gimmerthal im ArchZivPrax. Bd. 104 S. 389; vgl. ferner Kipp S. 319 Anm. 31 und die dort zitierte Literatur.

[7]) Ebenso Planck 9; and. M. Lizius S. 26.

so liegt derselbe Tatbestand wie bei der Scheidung vor, nämlich eine Aufhebung des gemeinsamen Haushalts. Daher ist die Anwendung des § 1635 geboten.[8]) Wird die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt (§ 1587), so tritt die Regelung des § 1634 ein. Auch wenn die geschiedenen Ehegatten zusammen eine neue Ehe eingehen, sind die tatsächlichen Voraussetzungen für § 1635 weggefallen, und es muß hinsichtlich der Kinder aus ihrer ersten Ehe wieder die alte Ordnung eintreten.

Im übrigen gilt § 1635 nur solange die Ehegatten leben, also fähig sind, ihren Pflichten nachzukommen. Stirbt der Vater nach der Scheidung, so erhält die allein schuldige Mutter die ganze elterliche Gewalt gemäß § 1684 Nr. 1.[9]) Ebenso ist es, wenn der Vater für tot erklärt wird. Das gleiche gilt, wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat (§ 1684 Nr. 2). Bei bloßem Ruhen der väterlichen Gewalt findet kein Übergang auf die Mutter statt. Von dem Fall, daß dem Vater die Personensorge gemäß § 1666 nach der Scheidung entzogen wird, schweigt das Gesetz. Schon oben wurde gezeigt, daß bei Bestehen der Ehe im Falle, daß dem Vater die Personensorge entzogen wird, diese nicht auf die Mutter übergeht. Hier bietet sich die Gelegenheit, die Stellung der Mutter zu bessern, ohne gegen den

---

[8]) Blume 2a; Kipp S. 317 Anm. 17; KG. im Recht 1905 S. 658.

[9]) RG. Bd. 62 S. 289.

Wortlaut des Gesetzes zu verstoßen. Zur Begründung des Übergangs der Personensorge auf die schuldige Mutter muß man davon ausgehen, daß die Regelung des § 1635 nur eine vorläufige ist, d. h. sobald andere Umstände eintreten, fällt sie weg.[10]) Demnach will § 1635 dem schuldigen Elternteil nicht die Personensorge nehmen, er hält nur den Nichtschuldigen für besser berechtigt und vertraut ihm deshalb die Gewalt an, solange er fähig ist, sie auszuüben. Tritt aber in der Person des Berechtigten ein Umstand ein, der ihm die elterliche Gewalt nimmt, so spricht kein schwerwiegender Grund dagegen, der schuldigen Mutter die Fürsorge in persönlichen Angelegenheiten zu übertragen.[11]) Der Grund, daß das Vormundschaftsgericht berechtigt ist, jederzeit die Entziehung wieder aufzuheben (§ 1671), kann dagegen nicht angeführt werden. Er würde auch gegen die Regelung eingewendet werden können, die onst Platz greifen müßte, nämlich die Bestellung eines Pflegers zur persönlichen Fürsorge.

---

[10]) vgl. die Begründung des § 1635 in den Mot. S. 623, 625, 627.

[11]) Blume 5; Staudinger 4; Kipp S. 319; Endemann § 167 Anm. 67; Schultheis im ZBlFG. Bd. 7 S. 876; Schmidt-Bardeleben im Recht 1906 S. 994; KGJ. Bd. 30 S. 40; Recht 1905 S. 511, 1906 S. 107, 994, 1908 Nr. 2339; OLG. Bd. 11 S. 299; and. M. Planck 6; Sieveking im Recht 1906 S. 107; Rothe S. 44; Hedemann S. 25; Knitschky S. 247.

Über die gerichtliche Geltendmachung des Rechts aus § 1635 und der Verkehrsbefugnis aus § 1636 gilt das oben § 5 II Gesagte.[12])

§ 10.

Einzelfälle.

I. Die uneheliche Mutter.

Beim unehelichen Kinde kann man von einer elterlichen Gewalt überhaupt nicht sprechen. Denn diese setzt begrifflich das Vorhandensein von Eltern voraus. Solange aber das uneheliche Kind mit seinem Vater im Rechtssinne nicht verwandt ist, fehlt der zur elterlichen Gewalt notwendige zweite Elternteil. Seiner Mutter gegenüber hat das uneheliche Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen (§ 1705). Deshalb könnte man denken, die Mutter hätte dieselbe Gewalt wie die eheliche nach Wegfall des Vaters (§ 1684). Der Mutter des unehelichen Kindes wird jedoch eine jede der elterlichen Gewalt vergleichbare Gewalt abgesprochen — freilich redet § 1707 fälschlich von elterlicher Gewalt. Sie hat aber Recht und Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Dieser Geschäftskreis ist genau derselbe wie bei der ehelichen Mutter. Sie kann also Herausgabe des Kindes von jedem Dritten verlangen, auch vom Vormund. Sie

---

[12]) vgl. noch Planck 11 zu § 1635, 2 zu § 1636; Staudinger 1 $c\gamma$ zu § 1635 mit Literatur.

bestimmt Aufenthalt und Beruf des Kindes. In ihrer Religion wird das Kind bis zu seinem 14. Lebensjahre erzogen.[1]) Eine Verpflichtung der unehelichen Mutter, dem Kinde den Namen des außerehelichen Erzeugers zu nennen, möchte ich nicht annehmen,[2]) jedenfalls gehört dies nicht in den Rahmen der Personensorge. Man kann sie vielleicht als Teil der Unterhaltspflicht auffassen, weil der außereheliche Erzeuger zum Unterhalt des Kindes verpflichtet ist (§ 1708). Dem kann er sich nach dem Tode der Mutter meist leicht entziehen, wenn er unbekannt ist. Aber die Unterhaltspflicht gehört nicht in die elterliche Gewalt. Dafür, daß sie erfüllt wird, muß der Vormund sorgen, der für alle übrigen Angelegenheiten des Kindes bestellt wird. Ihm muß deshalb die Mutter den Namen des Vaters nennen. Die uneheliche Mutter hat einen Anspruch darauf, in erster Linie zur Vormünderin bestellt zu werden, ein Recht, das der ehelichen Mutter nicht zusteht (§ 1778 Abs. 3 mit § 1776).

Der Vormund hat auch an der persönlichen Sorge für das Kind teilzunehmen, freilich nur in der Rolle eines Beistandes, also die Mutter gibt den Ausschlag

---

[1]) ALR. II, 2 § 642; Art. 134 EG. z. BGB.; KGJ. Bd. 22A S. 230, Bd. 25 A S. 21 f.; preuß. AG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 c.

[2]) Ebenso Marcus im ZBlFG. Bd. 4 S. 210 f.; Kupfer im ZBlFG. Bd. 11 S. 77 ff.; Celle im Recht 1906 S. 52; and. M. Kipp S. 355 Anm. 12; Reichhelm in DJZ. 1903 S. 398; Seifarth im Recht 1904 S. 571 f.

bei Meinungsverschiedenheiten (§ 1707 Satz 2). Er ist nur zur Unterstützung und Überwachung da.[3]) Ist die Mutter an der Ausübung der Gewalt verhindert, ruht diese, ist sie ihr entzogen oder hat sie die Personensorge verwirkt, so tritt nicht ohne weiteres der Vormund an ihre Stelle.[4]) Es kann nicht die Analogie des Vaters entscheiden. Das Vormundschaftsgericht hat gemäß § 1665 mit § 1686 die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, die freilich meist in der Übertragung der Gewalt auf den Vormund bestehen werden. Zur Anzeige der Verhinderung der Mutter ist der Vormund kraft seiner subsidiären Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, verpflichtet. Die freiere Stellung, die der Vormund nach § 1793 einnimmt, wird durch § 1707 als Sondervorschrift eingeschränkt.[5]) Da Vertretung und Sorge in persönlichen Angelegenheiten in verschiedenen Händen sind, ergeben sich die unliebsamen Folgen dieser unzulänglichen Teilung. Keiner von beiden kann selbständig handeln, sobald eine Angelegenheit in Frage steht, die beide Geschäftsteile betrifft. Das ist oft der Fall. Deshalb kann der Vormund für das uneheliche Kind keinen Lehrvertrag allein abschließen. Er macht sich möglicher-

---

[3]) vgl. dazu Frese im Recht 1907 S. 547 ff.

[4]) Planck 2c, Blume 4, Staudinger 2e zu § 1707; Rostock in SeuffArch. Bd. 60 Nr. 59; and. M. Dernburg § 87 III, 5 Anm. 23.

[5]) So Hettmann im Recht 1905 S. 41 gegen Schwiete im Recht 1904 S. 526.

weise schadensersatzpflichtig, wenn er gegen oder ohne Willen und Wissen der Mutter ein derartiges Rechtsgeschäft vornimmt (§ 823).[6]) Stellt sich die Handlung des Vormundes als Pflichtwidrigkeit heraus, so kann ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1837 begründet sein.[7]) Streitigkeiten in solchen Angelegenheiten entscheidet das Vormundschaftsgericht gemäß §§ 1629, 1686.[8]) Die Vorschriften über Erziehung und Verwirkung der elterlichen Gewalt finden auf die Gewalt der unehelichen Mutter Anwendung, weil die Personensorge Teil der elterlichen Gewalt ist.[9])

Die uneheliche Mutter kann die volle elterliche Gewalt erlangen, wenn sie ihr Kind an Kindesstatt annimmt.[10])

II. Die Mutter bei Legitimation des unehelichen Kindes.

1. Durch nachfolgende Heirat der unehelichen Mutter und des außerehelichen Erzeugers erlangt das Kind die Stellung eines ehelichen (§ 1719). Dementsprechend gestaltet sich auch die Gewalt der Mutter nach der Heirat. Sie hat Recht und Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, aber nur in der Stellung,

---

[6]) Schäfer im Recht 1903 S. 302 ff.

[7]) vgl. Blume 4 zu § 1707.

[8]) München in SeuffBl. Bd. 72 S. 742.

[9]) Frese im Recht 1907 S. 547 ff.

[10]) s. darüber unten IV.

die § 1634 einer jeden Mutter während der Ehe anweist. Ihr Entscheidungsrecht bei Meinungsverschiedenheiten büßt sie also durch die Heirat ein.

2. Andere Wirkungen hat die Ehelichkeitserklärung. Da hier eine Ehe nicht zustande kommt, kann man nicht von einer elterlichen Gewalt reden. Denn Eltern, d. h. Eheleute, sind nicht vorhanden. Nur der Vater erlangt einer der elterlichen Gewalt an Umfang gleiche Gewalt (§§ 1736, 1738). Die Mutter wird bei der Ehelichkeitserklärung ganz ausgeschaltet; denn sie verliert die ihr bis jetzt zustehende Personensorge (§ 1738). Damit ist ihr alles genommen, was mit dem Begriff der elterlichen Gewalt zusammenhängt. Dagegen ist das in der Verwandtschaft wurzelnde Recht der Mutter auf persönlichen oder brieflichen Verkehr mit ihren Kindern unentziehbar.[11]) Der Grund zu dieser Benachteiligung der Mutter soll nach den Motiven[12]) darin zu finden sein, daß das Kind meist in ganz andere soziale Verhältnisse kommt, die eine persönliche Fürsorge der unehelichen Mutter nicht dulden. Ob diese Begründung für alle Fälle zutrifft, ist sehr zweifelhaft. Richtig aber ist, daß der Mutter ein Anteil an der Sorge für die Person des Kindes nicht gewährt werden kann, da die Voraussetzung dafür, ein gemeinsamer Haushalt, fehlt. Wegen dieser einschneidenden Trennung von Mutter und Kind fordert

[11]) Planck 3, Staudinger 1, Blume 2 zu § 1738; and. M. Rothe S. 54; OLG. Dresden in SächsAnn. Bd. 28 S. 396ff.

[12]) Bd. 4 S. 949.

man ihre Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung (§ 1726 Abs. 1). Freilich kann diese durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Mutter ihr Interesse höher stellt als das des Kindes an seiner neuen Rechtsstellung (§ 1727). Daß der Gesichtspunkt, von dem aus eine Ehelichkeitserklärung des Kindes vorgenommen werden soll, der ist, die finanzielle und soziale Lage des Kindes zu bessern, sieht man auch daran, daß die Pflicht zur Personensorge für die Mutter in Behinderungsfällen des Vaters wieder eintritt, sobald sie den Unterhalt des Kindes bestreiten muß (§ 1738).

III. Die Mutter bei nichtiger Ehe.

Genau genommen könnte es bei nichtiger Ehe nur uneheliche Kinder geben. Aus Billigkeitsrücksichten hat man das nicht durchgeführt und läßt den guten oder bösen Glauben der Eltern hinsichtlich der Nichtigkeit der Ehe über die Rechtsstellung der Kinder entscheiden.

1. Deshalb besteht kein Grund, die Kinder aus nichtiger Ehe besser zu stellen als die unehelichen, wenn beiden Eltern die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war (§ 1703). Daß die Rechtsstellung der Kinder hier vom Wissen oder Nichtwissen der Kinder abhängig ist, enthält keine größere Unbilligkeit gegen die Eltern, als sie auch bei den unehelichen Kindern vorhanden ist. Auch da ist ihre bessere oder schlechtere Rechtsstellung ganz von den Eltern abhängig.

Aus der Behandlung des Kindes aus einer nichtigen Ehe als unehelich ergibt sich für die Mutter, daß ihr zwar keine elterliche Gewalt, wohl aber die Personensorge zusteht (§ 1707). Die Mutter steht daher besser als der Vater. Dieser hat gar keinen Anteil an der elterlichen Gewalt. Denn es muß ein Vormund bestellt werden.

Auch bei der Nichtehe des § 1699 Abs. 2 gilt das gleiche.

2. Ist nur dem Vater die Nichtigkeit der Ehe bei Eheschließung bekannt, so erhält er kein Recht über das Kind (§ 1701). Der Mutter steht die volle elterliche Gewalt zu, also ein neuer Fall dieser für die Mutter seltenen Machtstellung (vgl. § 1684). Eine Vormundschaft ist dadurch unmöglich.

3. Nur der Mutter ist die Nichtigkeit der Ehe bekannt. Dann hat der Vater die volle elterliche Gewalt, auch die Sorge in persönlichen Angelegenheiten. Die Mutter ist auf das Verkehrsrecht beschränkt (§§ 1702 Abs. 1, 1635, 1636). Da sie aber genau so behandelt wird wie die geschiedene allein schuldige Mutter, so muß man auch die anderweitige Regelung der Personensorge durch das Vormundschaftsgericht beim Vorliegen besonderer Gründe und dem Interesse des Kindes für möglich halten.[13])

Endigt die elterliche Gewalt des Vaters oder ruht sie wegen Geschäftsunfähigkeit, so ist ein Vormund zu

---

[13]) Kipp S. 333 V; RG. in SeuffArch. Bd. 65 S. 365 ff.

bestellen. Die Fürsorge in persönlichen Angelegenheiten geht gerechterweise auf die Mutter über, neben der der Vormund nur die kontrollierende Stellung eines Beistandes hat (§ 1702 Abs. 2 u. 3).

Die Stellung der Mutter, die die Nichtigkeit der Ehe kennt, ist daher eine bedeutend bessere als die des Vaters im gleichen Falle.

4. Ist beiden Eltern die Nichtigkeit der Ehe unbekannt, so gelten die Kinder als ehelich. Da die Rechtsstellung der ehelichen Kinder aber eine wirklich bestehende Ehe voraussetzt, so konnte man den Eltern nicht die Gewalt anvertrauen, die sie im Regelfalle über ihre Kinder haben. Man hat den Ausweg gewählt, die Regelung anzuwenden, die bezüglich der Kinder aus einer geschiedenen Ehe getroffen sind, wenn beide Ehegatten für schuldig befunden werden. Demnach steht der Mutter keine elterliche Gewalt zu, wohl aber die Personensorge über die Töchter und die Söhne unter 6 Jahren (§§ 1699 Abs. 1, 1700).

IV. Die Mutter bei Annahme an Kindesstatt.

Von der allgemeinen Regel, daß man auf die elterliche Gewalt nicht verzichten und sie Dritten übertragen kann, macht die Annahme an Kindesstatt eine Ausnahme. Sie ist gerechtfertigt dadurch, daß es im überwiegenden Interesse des Kindes liegt, wenn es von seinen leiblichen Eltern weg in bessere Hände kommt.

1. Die annehmende Mutter erlangt über das angenommene Kind volle elterliche Gewalt (§ 1757 Abs. 1). Über ein Kind, das ihr Ehemann selbständig annimmt, steht ihr keine Gewalt zu. Meist erfolgt aber bei Bestehen der Ehe die Annahme durch die Eheleute gemeinschaftlich. Dann erhält der Vater die volle elterliche Gewalt, die Mutter das Recht der Personensorge wie bei jedem ehelichen Kind (§§ 1757 Abs. 2, 1634). Passiv annahmefähig ist auch das uneheliche Kind. Es kann sowohl durch den außerehelichen Erzeuger (§ 1742) wie durch die uneheliche Mutter angenommen werden.[14]) Das Bedürfnis, der unehelichen Mutter die Möglichkeit zu geben, ihrem Kinde die Stellung eines ehelichen zu verschaffen, drängt zu dieser Ansicht. Unter den Schranken, die einer Annahme entgegenstehen und die in §§ 1741 ff. ausschließlich geregelt sind, fehlt eine dagegen sprechende Bestimmung.

2. Die leibliche Mutter verliert das Recht der Personenfürsorge. Ihre ganze elterliche Gewalt geht unter; sie kann auch nicht wiederaufleben, wenn das Adoptionsverhältnis wieder aufgehoben wird.[15]) Es bleibt ihr nur noch das immer ohne Rücksicht auf die elterliche

---

[14]) Mot. S. 933, 967 ff.; Denkschr. S. 266; Planck 1d; Staudinger 1a; Blume II, 2; Neumann II, 1d; Endemann § 210 Anm. 16; Dernburg § 95 Anm. 15; Crome § 622 Anm. 22; Cosack § 335 Ia; Kipp S. 344 IV; Spahn S. 33; Opet S. 57; Kuttner in JheringsJ. Bd. 47 S. 1 ff.; Mainz im Recht 1900 S. 373.

[15]) Rothe S. 57.

Gewalt gegebene, aus der Verwandtschaft entspringende Verkehrsrecht.[16]) Sind die leiblichen Eltern noch an dem Unterhalt des Kindes beteiligt, so fällt ihnen billigerweise die elterliche Gewalt in Verhinderungsfällen der Annahmeeltern zu (§ 1765 Abs. 2). Sie stehen also genau so da wie die uneheliche Mutter bei Ehelichkeitserklärung im selben Falle. Man sieht daran, daß ein endgültiger Verlust der elterlichen Gewalt nur eintreten soll, wenn der Zweck, die Besserung der Lage des Kindes, auch erreicht ist. Das wird allerdings meistens der Fall sein.

---

[16]) Planck 2 zu § 1765; Blume 2b zu § 1763; SeuffBl. 1907 S. 95ff.; Knitschky S. 72; Spahn S. 39; Endemann § 210 Anm. 66; KG. im ZBlFG. Bd. 6 S. 765; KGBl. 1906 S. 20; and. M. Kipp S. 350, 1; Crome § 622 Anm. 106; RG. Bd. 64 S. 47ff.; DJZ. 1906 S. 1205; KG. in OLG. Bd. 16 S. 23ff.; DJZ. 1908 S. 252f.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Johannes Julius Theodor Dormann, wurde am 22. Januar 1892 zu Cassel geboren. Während der Jahre 1898—1901 besuchte ich die Städtische Vorschule zu Cassel und bezog dann das Königliche Wilhelmsgymnasium daselbst, an dem ich Ostern 1910 die Reifeprüfung ablegte.

Dem Studium der Rechtswissenschaften widmete ich mich auf den Universitäten Lausanne, München, Leipzig und Marburg. Am 19. Juli 1913 bestand ich in Cassel das Referendarexamen und am 4. November in Marburg die mündliche Prüfung des Doktorexamens.